

Münster 1978

Johann Heinrich Thywissen

**DAS SPRUCHSTELLENVERFAHREN IM AKTIENGESETZ
UND DIE WIRKUNG DER ENTSCHEIDUNG AUF
BEREITS ABGEFUNDENE AKTIONÄRE**

1978

1979

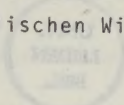


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555421_0023

DAS SPRUCHSTELLENVERFAHREN IM AKTIENGESETZ
UND DIE WIRKUNG DER ENTSCHEIDUNG AUF
BEREITS ABGEFUNDENE AKTIONÄRE

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster



vorgelegt von

Johann Heinrich Thywissen

aus Neuss

1978



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Grossfeld
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser
Dekan: Prof. Dr. Battes

Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.1978

INHALTSVERZEICHNIS

Einführung	1
ERSTER TEIL: Spruchstellenverfahren	11
A. Wirtschaftliche Ausgangslage	11
I. Herrschendes Unternehmen	11
a) Motivation für den Vertragskonzern	11
aa) Wettbewerbsgründe	12
bb) Steuerliche Gründe	13
cc) Finanzierungsgründe	14
dd) Weisungsrecht	15
ee) Vermeidung des Abhängigkeitsberichts	16
b) Abfindungshöhe	16
c) Kostenüberlegungen	19
aa) Gutachterkosten	19
bb) Abwicklungskosten	20
cc) Kosten des Spruchverfahrens	20
dd) Kosten eventueller Nachzahlungen	23
II. Außenstehender Aktionär	24
a) Vermögenseingriff	24
b) Bewertungsprobleme	26
c) Kapitalverzinsung	28
d) Kosten	29
B. Historische Entwicklung	32
I. Spruchstellenverfahren im UmwG 34	32
II. Spruchstellenverfahren im UmwG 56	34
III. Spruchstellenverfahren im AktG 65	35

C. Verfahrensvoraussetzungen	38
I. Zuständigkeit	38
II. Antragsberechtigung	38
III. Antragsfrist	44
IV. Form und Inhalt des Antrags	44
V. Rechtsschutzbedürfnis	45
D. Verfahrensgrundsätze	46
I. Untersuchungsgrundsatz	47
II. Anspruch auf rechtliches Gehör	51
III. Gemeinsamer Vertreter	53
IV. Grundsatz der Nichtöffentlichkeit	60
E. Inhalt der Entscheidung	61
F. Rechtsmittel	62
Ergebnis	64
ZWEITER TEIL: ABFINDUNGSERGÄNZUNGSANSPRUCH	66
Vorbemerkung	66
A. Abfindungsentgegennahme	67
I. Erlaßvertrag	67
II. Vergleich	70
III. Verkauf	74
IV. Vertrag sui generis	79

B. Kündigungsrecht	84
C. Fehlende Verzinsung	90
D. Rückwirkung	93
E. Verfahrensziele	97
F. Gestaltungsentscheidung	100
G. Gleichbehandlungsgrundsatz	104
Ergebnis	107

DRITTER TEIL: AUSGLEICHSERGÄNZUNGSANSPRUCH	111
--	-----

VIERTER TEIL: ABFINDUNGSVERTRÄGE	116
----------------------------------	-----

Vorbemerkung	116
--------------	-----

A. Zulässigkeit	117
I. Gleichbehandlungsgrundsatz	117
II. Gerichtliche "Bestimmung"	119

B. Inhalt und Rechtsnatur	121
---------------------------	-----

C. Rechtskraftwirkung	122
-----------------------	-----

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	124
--	-----

Literaturverzeichnis

- Albach, Horst: Probleme der Ausgleichszahlung und der Abfindung bei Gewinnabführungsverträgen nach dem AktG 1965 - Die Aktiengesellschaft, 1966, 180 ff.
- Bachelin, Herwig: Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, Diss. Münster 1968
- Bärmann, Johannes: "Echtes Streitverfahren" in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 154, 373 ff.
- Bärmann, Johannes: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1968
- Ballerstedt, Kurt: Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag - Der Betrieb 1957, 837 ff.
- Ballerstedt, Kurt: Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, Hannover 1962
- Bankmann, Jörg: Untergrenzen für die Abfindung ausscheidender Minderheitsaktionäre - Der Betrieb 1968, 1410 ff.
- Barz, Carl Hans: Aktiengesetz - Großkommentar, begründet von Gadow, Heinichen, Schmidt und Weipert, 2. Auflage, Berlin 1961
- Fischer, Robert
- Klug, Ulrich
- Mellerowicz, Konrad
- Meyer-Landrut, Joachim
- Schilling, Wolfgang
- Schmidt, Walter
- Barz, Carl Hans: Aktiengesetz - Großkommentar, 3. Auflage, Berlin, New York 1973
- Brönner, Herbert
- Klug, Ulrich
- Mellerowicz, Konrad
- Mayer-Landrut, Joachim
- Schilling, Wolfgang
- Wiedemann, Herbert
- Würdinger, Hans

- Baur, Dieter: Wertlose Dividendengarantie? Das Wertpapier 1969, 91 ff.
- Baur, Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Tübingen 1955
- Baumbach, Adolf - Hueck, Alfred und Götz: Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968
- Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang Albers, Jan Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 35. Auflage, München 1977
- Beratungsergebnis des IdW - Arbeitskreis Unternehmensbewertung, Angemessene Abfindung und angemessener Ausgleich im Aktienrecht - Die Wirtschaftsprüfung 1969, 129 ff.
- Berger, Erich: Garantierte Dividenden bei der Organgesellschaft - Der Betrieb 1956, 1094 ff.
- Bernardt, Wolfgang: Die Abfindung von Aktionären nach neuem Recht - Der Betriebs-Berater 1966, 257 ff.
- Beuthien, Volker: Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz - Juristische Schulung 1970, 53 ff.
- Biedenkopf, Kurt H. - Claussen, Carsten P. Geilen, Gerd - Koppensteiner, Hans-Georg - Kraft, Alfons - Kronstein, Heinrich - Lutter, Marcus - Mertens, Hans-Joachim - Zöllner, Wolfgang: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln, Berlin, Bonn, München 1970, 1971

- Boetius, Jan: Großaktionäre als außenstehende Aktionäre - Der Betrieb 1972, 1220 ff.
- Böttcher, Conrad - Meilicke, Heinz: Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt 1958
- Böttcher, Eduard: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930
- Böttcher, Eduard: Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - Juristenzeitung 1956, 582 ff.
- Böttcher, Eduard: Regelungsstreitigkeiten - Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 89 ff.
- Brauksiepe, Jochen: "Der außenstehende Aktionär" bei Beherrschung- und Gewinnabführungsverträgen - Der Betriebs-Berater 1966, 144 ff.
- Brauksiepe, Jochen: Ausgleichsansprüche außenstehender Aktionäre von Verlustgesellschaften - Der Betriebs-Berater 1971, 109 ff.
- Büschgen, Hans E.: Aktienanalyse und Aktienbewertung nach der Ertragskraft - Die Price-earnings-ratio und die Schätzung des Reingewinns aus dem Steuerausweis bei deutschen Aktiengesellschaften, Wiesbaden 1962
- Busse von Colbe, Walter: Zur Maßgeblichkeit des Börsenkurses für die Abfindung der bei einer Umwandlung ausscheidenden Aktionäre - Die Aktiengesellschaft 1964, 263 ff.
- Buwert, H.: Das Problem der Abfindung der ausscheidenden Aktionäre bei der erleichterten Umwandlung - Der Wirtschaftstreuhandler 1938, 145 ff.

- Cohn, Ernst: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Verbandsrecht - Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 132, 129 ff.
- Crisolli, Karl-August Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, Leipzig 1937
- Groschuff, Hans - Kaemmel, Ernst:
- Deutscher Bundestag: 4. Wahlperiode, 12. Ausschuß - Protokolle des Rechtsausschusses
- D J T: Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts. Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Tübingen 1967
- Dölle, Hans: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile - Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 62, 281 ff.
- Drukarczyk, Jochen: Zum Problem der angemessenen Barabfindung bei zwangsweise ausscheidenden Anteilseignern - Die Aktiengesellschaft 1973, 357 ff.
- Duden, Konrad: Die Diskussion über das Konzernrecht - Der Betriebs-Berater 1957, 1230 ff.
- Ebenroth, Carsten-Thomas: Die Erweiterung des Auskunftsgegenstandes im Recht der verbundenen Unternehmen - Die Aktiengesellschaft 1970, 104 ff.
- Elmendorff, Wilhelm: Bewertung von Unternehmensanteilen im Streubesitz - Die Wirtschaftsprüfung 1966, 548 ff.
- Emmerich, Volker - Sonnenschein, Jürgen: Konzernrecht, 2. Auflage, München 1977
- v. Falkenhausen, Bernhard Frh.: Anmerkung zu dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 13. April 1960 (AG 60, 161) bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des Umwandlungsgesetzes - Die Aktiengesellschaft 1960, 225 ff.

- v. Falkenhausen,
Bernhard Frh.: Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH), Karlsruhe 1967
- v. Falkenhausen,
Kurt Frh.: Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Aktienrecht - Die Aktiengesellschaft 1967, 309 ff.
- Fechner, Erich: Das Umwandlungsgesetz und das Bundesverfassungsgericht. Kritische Bemerkungen zum Urteil des BVerfG im Feldmühle-Fall - Die Aktiengesellschaft 1962, 229 ff.
- Fechner, Erich -
Schneider, Peter: Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht (§§ 9 und 15 des Umwandlungsgesetzes von 1956). Recht und Staat Nr. 253/254, Tübingen 1962
- Fikentscher,
Wolfgang: Schuldrecht - 6. Auflage, Berlin - New York 1976
- Fischer, Curt Eduard: Die "Grundrechte" für den Einzelaktionär und für Minderheiten - Der Betrieb 1958, 1263 ff.
- Filbinger, Hans: Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht - Neue Deutsche Forschungen, Bd. 12, Berlin 1942
- Flume, Werner: Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht - Zivilrechtliche, handelsrechtliche und steuerrechtliche Betrachtungen zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes - Der Betrieb 1956, 455 ff.
- Flume, Werner: Abfindung der sog. außenstehenden Aktionäre bei Abschluß eines Beherrschungsvertrages - Der Betrieb 1969, 1047 ff.

- Frank, Erich: Die angemessene Abfindung der Minderheitsaktionäre bei der Umwandlung von Aktiengesellschaften kraft Mehrheitsbeschlusses - Bankarchiv 1938, 641 ff.
- Franta, Rudolf: Das neue Umwandlungsgesetz - Der Betrieb 1956, 1198 ff.
- Frey, Günther: Fragen der Unternehmensbewertung im Spiegel der Rechtsprechung - Die Wirtschaftsprüfung 1963, 146 ff.
- Gansweid, Wolfgang: Zur gerichtlichen Überprüfung der angemessenen Barabfindung nach § 305 AktG - Die Aktiengesellschaft 1977, 334 ff.
- Geßler, Ernst: Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften - Der Betriebs-Berater 1956, 1175 ff.
- Geßler, Ernst: Probleme des neuen Konzernrechts - Der Betrieb 1965, 1691, 1729 ff.
- Geßler, Ernst: Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters im Verfahren nach §§ 304 ff. AktG, 30 UmwG - Der Betriebs-Berater 1975, 289 ff.
- Geßler, Ernst - Eckhardt, Ulrich - Hefermehl, Wolfgang - Kropff, Bruno: Aktiengesetz - Kommentar, 6. Lieferung, §§ 291-318 (bearbeitet von E. Geßler) - München 1976
- Geßler, Jörg: Aktiengesetz mit Einführungsgesetz und Umwandlungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Frankfurt 1970
- von Godin, Reinhard Frh. - Wilhelmi, Hans und Sylvestér: Aktiengesetz vom 6. September 1965, Kommentar, 4. Auflage, Berlin, New York 1971

- Großfeld, Bernhard: Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968
- Großfeld, Bernhard: Praxis des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts - Rechtsprobleme multinationaler Unternehmen, Reinbek/Hamburg 1975
- Günther, Walter: Konzernverschmelzung und Schutz außenstehender Aktionäre - Die Aktiengesellschaft 1968, 98 ff.
- Habscheid, Walter J.: Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - Juristenzeitung 1954, 689 ff.
- Habscheid, Walter J.: Grundfragen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - Der Deutsche Rechtspfleger 1957, 164 ff.
- Habscheid, Walter J.: Freiwillige Gerichtsbarkeit - Ein Studienbuch, 6. Auflage, München 1977
- Hamann, Andreas: Umwandlungsgesetz und Eigentumsgarantie - Der Betriebs-Berater 1960, 1306 ff.
- Haueisen, Fritz: Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten - Neue Juristische Wochenschrift 1966, 764 ff.
- Heun, W.: Zur Frage der angemessenen Abfindung der bei der Umwandlung ausscheidenden Minderheitsaktionäre - Wirtschaftstreuhand 1938, 220 ff.
- Heymann, Ernst: Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen - Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe für Wieland, S. 221 ff., Basel 1954

- Hueck, Alfred: Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Umwandlungsgesetzes - Der Betrieb 1960, 375 ff.
- Hueck, Goetz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München, Berlin 1958
- Hüchting, Hans-Jochen: Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, Köln, Berlin, Bonn, München 1972
- Hümmer, Erwin: Rechtskraft der Entscheidungen in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Marburg 1958
- Huppert, Walter: Unternehmensbewertung zur Abfindung außenstehender Aktionäre - Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1970, 316
- Jacob, H.: Der Zukunftserfolgsbegriff und die Verfahren zur Unternehmensbewertung - Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1961, 231 ff.
- Jansen, Paul: Freiwillige Gerichtsbarkeit - Kommentar - 2. Auflage Berlin 1969
- Kamm, Walter: Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 44, 84 ff.
- Kapp, Reinhard: Die Sicherung der außenstehenden Aktionäre durch das Spruchstellenverfahren nach §§ 304 ff. AktG - Der Betriebs-Berater 1973, 1514 ff.
- Keidel, Theodor - Winkler, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Handausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Beurkundungsgesetzes mit Erläuterungen, Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften, 10. Auflage, München 1972

- Kindermann, H.H.: Der Einfluß des Börsenkurses auf die angemessene Abfindung nach § 12 UmwG - Die Aktiengesellschaft 1964, 178 ff.
- Kley, Max Dietrich - Lehmann, Michael: Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters im Verfahren nach §§ 304 ff. AktG, 30 ff. UmwG - Der Betriebs-Berater 1973, 1096 ff.
- Kollhosser, Helmut: Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Verfahrensrecht, München 1970
- Kretschmer, Hans-Joachim: Angemessene Abfindung und angemessener Ausgleich im Konzernrecht - Die Wirtschaftsprüfung 1969, 248 ff.
- Kronstein, Heinrich: Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung - Der Betriebs-Berater 1960, 221 ff.
- Kropff, Bruno: Rechtsfragen der Abfindung ausscheidender Aktionäre - Der Betrieb 1962, 155 ff.
- Kropff, Bruno: 108. Sitzung des Rechtsausschusses - Protokoll Nr. 110/24 - Bericht von Bruno Kropff
- Kropff, Bruno: Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965 - Der Betriebs-Berater 1965, 1281 ff.
- Kropff, Bruno: Aktiengesetz - Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs + Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Düsseldorf 1965
- Kropff, Bruno: Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen oder einer höheren Abfindung durch das Gericht - Das Wertpapier 1969, 3 ff.

- Kruse, Eberhard: Das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Unabhängigkeit des Richters, Diss. Münster 1963
- Kühn, Manfred: Der Minderheitenschutz nach dem neuen Aktiengesetz - Der Betriebs-Berater 1965, 1170 ff.
- Langen, Albrecht: Zur Haftung eines herrschenden Unternehmens aus erteilter Weisung - Der Betrieb 1977, 151 ff.
- Larenz, Karl: Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen - Der Betrieb 1955, 209 ff.
- Lehmann-Tolkmitt, Sigurd: Das Verhältnis von Ausgleichsleistung und Abfindung im Aktienrecht - Wertpapier-Mitteilungen 1972, 990 ff.
- Lenel, Hans-Otto: Ursachen der Konzentration - Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. Auflage, Tübingen 1968
- Lent, Friedrich: Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit - Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 66, 267 ff.
- Lutter, Marcus: Zur Treuepflicht des Großaktionärs - Juristenzeitung 1976, 225 ff.
- Markou, Ioannis: Die Struktur der Minderheitenrechte in der Aktiengesellschaft, Diss. Berlin 1975
- Martens, Klaus-Peter: Mehrheits-Minderheits-Konflikte innerhalb abhängiger Personen, Die Aktiengesellschaft 1974, 9 ff.

- Meilicke, Heinz: Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, S. 99 ff. Berlin 1968
- Meilicke, Heinz - Hohlfeld, Klaus: Untergang der Antragsbefugnis im Spruchstellenverfahren vor Ablauf der Antragsfrist? - Der Betriebs-Berater 1972, 1249 ff.
- Meilicke, Heinz und Wienand: Die Rechtsstellung der nichtantragstellenden Aktionäre im Verfahren nach §§ 306 AktG, 30 UmwG - Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1974, 296
- Meilicke, Wienand: Die Barabfindung für den ausgeschlossenen oder ausscheidungsberechtigten Minderheits-Kapitalgesellschafter. Rechtsgrundsätze zur Unternehmensbewertung, Diss. Bonn 1974
- Meilicke, Wienand: Ende des Spruchstellenverfahrens nach §§ 306 AktG, 30 UmwG durch Auskaufen der antragstellenden außenstehenden Aktionäre - Der Betrieb 1972, 663 ff.
- Meilicke, Wienand: Die Berechnung der Ausgleichszahlung nach § 304, II 1 AktG - Der Betrieb 1974, 417 ff.
- Meister, Burkhardt W.: Der Ausgleichsanspruch nach § 302 Abs. 1 AktG bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen als Kreditsicherheit - Wertpapier-Mitteilungen 1976, 1182 ff.

- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre - Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten von Amerika, Karlsruhe 1958
- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Konzentration und Wettbewerb - Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.3. 1970 Nr. 62, S. 15
- Meyer-Landrut, Joachim -
Miller, F. Georg: Wie lange bleibt man außenstehender Aktionär - Der Betrieb 1969, 1391 ff.
- Möhring, Philipp: Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz - Neue Juristische Wochenschrift 1967, 1 ff.
- Möhring, Philipp: Die Ausgleichsgarantie des abhängigen Unternehmens bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages, Freundesgabe für Hans Hengeler, S. 216 ff., Berlin, Heidelberg, New York 1972
- Möhring, Philipp -
Tank, Gerhard -
Grass, Adolf -
Reuss, Wilhelm: Handbuch der Aktiengesellschaft. Systematische Darstellung in gesellschaftsrechtlicher, steuerrechtlicher, arbeitsrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht. Bd. I, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Köln-Marienburg 1967
- Müller, Hanswerner: Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Neue Juristische Wochenschrift 1953, 1659 ff.
- Müller, Okko: Die Rechtsnatur von Beherrschungsvertrag und Gewinnabführungsvertrag im Regierungsentwurf zu einem Aktiengesetz - Die Aktiengesellschaft 1965, 133 ff.

- Münzel, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung - Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 66 334 ff.
- Niemann, Christoph: Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages, Diss. Frankfurt 1968
- Obermüller, Walter - Werner, Winfried - Winden, Kurt: Aktiengesetz 1965 - Erläuterungen mit praktischen Hinweisen, Stuttgart 1965
- Peters: Das echte Streitverfahren im Bereich der FGG - Monatsschrift für deutsches Recht 1952, 137 ff.
- Petersen, Helge Boy: Die Verteilung der Konzentrationsrente an außenstehende Gesellschafter bei Verschmelzung, Vertragskonzern, Umwandlung und faktischem Konzern, Diss. Bochum 1970
- Petzel, Albrecht: Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Unternehmensverbindung und Umwandlung, Diss. Göttingen 1967
- Pleyer, Klemens: Aktienrecht und Unternehmenskonzentration - Die Aktiengesellschaft 1959, 8 ff.
- Pohle, Rudolf: Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Friedrich Lent S. 195 ff., München, Berlin 1957
- Raisch, Peter: Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen Aktienrecht - Juristenzeitung 1966, 501 ff.

- Rasch, Harold: Deutsches Konzernrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1974
- Rasch, Harold: Aktuelle Probleme des Konzernrechts und der Konzerngesetzgebung, Köln, Berlin, Bonn, München 1970
- Rieger, Wilhelm: Zur Frage der angemessenen Abfindung der bei der Umwandlung ausscheidenden Aktionäre - Juristische Wochenschrift 1938, 3016 ff.
- Röhl, Hellmut: Das rechtliche Gehör - Neue Juristische Wochenschrift 1964, 273 ff.
- Rosenberg, Leo -
Schwab, Karl Heinz: Zivilprozeßrecht, 12. Auflage, Köln und Berlin 1977
- Rothe, Wolfgang: Möglichkeiten und Schranken der Abänderung von Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Kiel 1964
- Rutkowski, Stefan: Urteil des OLG Frankfurt vom 16.9.1971 - Anmerkung - beide in Neue Juristische Wochenschrift 1972, 641 f.
- Saage: Aktienrechtsform und freiwillige Gerichtsbarkeit - Deutsche Notarzeitung 1960, 575 ff.
- Säcker, Horst: Zum rechtlichen Gehör im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Neue Juristische Wochenschrift 1970, 1666 f.
- Schäffer, Fritz: Selbstfinanzierung und Konzernrecht - Grundsatzfragen der Aktienrechtsreform - Die Aktiengesellschaft 1959, 57 ff.
- Schilling, Wolfgang: Macht und Verantwortung in der Aktiengesellschaft (oder das Prinzip der Interesseneinheit) Festschrift für Ernst Geßler, S. 159 ff. München 1970

- Schlegelberger, Franz: Vertragsgestaltung durch den Richter, Festschrift für Erwin Bumke, S. 1 ff., Berlin 1939
- Schlegelberger, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Auflage, Köln, Berlin 1956/57
- Schleyer, Rolf: Übertragende Umwandlung - Verfassungs- und gesetzwidrig? - Neue Juristische Wochenschrift 1960, 1552 ff.
- Schlosser, Peter: Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966
- Schneider, Uwe: Antragsberechtigung des außenstehenden Aktionärs nach den §§ 304, 305 AktG - Neue Juristische Wochenschrift 1971, 1109 ff.
- Schönke, Adolf - Kuchinke, Kurt: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, Karlsruhe 1969
- Schreib, P.: Abfindung und Ausgleichszahlungen an freie Aktionäre - Blatt für Genossenschaftswesen 1972, 101 ff.
- Sieben, Günter: Der Anspruch auf angemessene Abfindung nach § 12 UmwG - Die Aktiengesellschaft 1966, 6, 54, 83 ff.
- Sieben, Günter: Angemessener Ausgleich und angemessene Abfindung beim Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, Festschrift für Münstermann, S. 401 ff., 1969
- Siebert: Die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Zeitschrift für Zivilprozeß - Bd. 54, 435 ff.

- Staab, Helmut: Gestaltungsklage und Gestaltungsklage-recht im Zivilprozeß, Diss. Saarbrücken 1967
- Stehle, Heinz: Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag? - Die Aktiengesellschaft 1966, 233 ff.
- Stephan, Bodo: Das Rechtsschutzbedürfnis - Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses, Berlin 1967
- Straßberger, Claus-Peter: Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform, Diss. Würzburg 1965
- Tiling, Johann - Prasse, Rainer: Wirkt eine Entscheidung nach § 305 Abs. 5 S. 2 AktG auch zugunsten bereits abgefundener Aktionäre? - Die Aktiengesellschaft 1969, 63 ff.
- Veith, H.J. und G.: Die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung über die angemessene Abfindung ausscheidender Aktionäre (Gesellschafter, Gewerken) nach § 35 UmwG - Der Betrieb 1969, 1737 ff.
- Veith, Hans Joachim - Börnstein, Ulrich: Umwandlungsgesetz und Umwandlungssteuergesetz, München und Berlin 1958
- Vogt, Aloys: Zum Begriff der "Abfindung" in der Rechtsordnung - Der Betriebs-Berater 1975, 1581 ff.
- Vogt, Werner: Die Abfindung ausscheidender Aktionäre - Das Wertpapier 1969, 530, 585 ff.
- Warnecke, Heinz: Zur Frage der Ermittlung der außenstehenden Aktionäre zu gewährenden angemessenen Abfindung - Die Wirtschaftsprüfung 1964, 446 ff.

- Werner, Winfried: Probleme des neuen Konzernrechts - Neue Betriebswirtschaft 1967, 1 ff.
- Werner, Winfried: Ausgewählte Fragen zum Aktienrecht - Die Aktiengesellschaft 1972, 167 ff.
- Westermann, Harm Peter: Zum Verhalten des Großaktionärs bei Umtauschgeboten gemäß § 305 AktG - Die Aktiengesellschaft 1976, 309 ff.
- Wilhelmi, Hans: Das neue Aktiengesetz - Die Aktiengesellschaft 1965, 153, 277 ff.
- Wilhelmi, Hans: Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses - Drucksache IV 3296 zu § 39 EG AktG - Bericht des Abgeordneten Wilhelmi
- Wilhelmi, Hans: Die gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Ziele des neuen Aktienrechts und ihre Verwirklichung - Praktische Probleme im neuen Aktienrecht, S. 11 ff., Berlin 1967
- Wiedemann, Herbert: Minderheitenschutz und Aktienhandel - Eine rechtsvergleichende Studie zum amerikanischen und deutschen Gesellschaftsrecht, Stuttgart 1968
- Winnefeld, Robert: Zukunftsbezogene Wertfaktoren bei der Ermittlung der Barabfindung nach § 305 AktG - Der Betrieb 1975, 457 ff.
- Winter, Rolf Ahrend: Die steuerliche Anerkennung von Gewinn- und Teilgewinnabführungsverträgen des neuen Konzernrechts nach dem AktG 1965 - Der Betrieb 1966, 789 ff.
- von Winterfeld, Achim: Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs - Neue Juristische Wochenschrift 1961, 849 ff.

- Würdinger, Hans: Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung - Schutz der Minderheiten im Konzernrecht - Der Betrieb 1957, 961 ff.
- Würdinger, Hans: Eingliederung nach Abschluß eines Beherrschungsvertrags - Die Aktiengesellschaft 1972, 13 ff.
- Würdinger, Hans: Zur Vermögensverfügung bei der Eingliederung und beim Beherrschungsvertrag - Der Betrieb 1972, 1565
- Würdinger, Hans: Aktien und Konzernrecht, 3. Auflage, Karlsruhe 1973
- Zartmann, H.: Probleme der Dividendengarantie in Organschaftsverträgen, insbesondere die Sicherstellung der Minderheitsaktionäre - Die Aktiengesellschaft 1964, 87, 118 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Jahr und Seite)
AktG	Aktengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BA	Bankarchiv (Jahr und Seite)
BASF	Badische Anilin und Soda Fabrik
BB	Der Betriebs Berater (Jahr und Seite)
Begr.z.RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahr und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivil- sachen (Band und Seite)
BIfGen	Blatt für Genossenschaftswesen (Jahr und Seite)
BT	Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notar Zeitung (Jahr und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung
EG AktG	Einführungsgesetz zum Aktengesetz
Einf.	Einführung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende
FGG	Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
Fußn.	Fußnote

GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht Berlin
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Komm.z.	Kommentar zum
KostO	Kostenordnung
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MRK	Menschen-Rechts-Konvention
m.w.N.,	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
Ref.E.	Referentenentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- sachen (Band und Seite)
RZ	Randziffer
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
UmwG	Umwandlungsgesetz (Jahresangabe)
UStG	Umsatzsteuergesetz
u.U.	unter Umständen
vergl.	vergleiche
VHG	Gesetz über die richterliche Vertragshilfe
Vorbem.	Vorbemerkung
WP	Die Wirtschaftsprüfung (Jahr und Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel

z.G.Dr.	zu Gunsten Dritter
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Jahr und Seite)
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Jahr und Seite)

Einführung

Die vorliegende Arbeit behandelt ein Thema aus dem Konzernrecht. Untersucht wird das im Aktiengesetz 1965 eingeführte Spruchstellenverfahren zur Überprüfung der Angemessenheit von Abfindung und Ausgleichszahlung (§§ 304 bis 306 AktG). Hierbei geht es weiterhin um die Frage, ob dem bereits abgefundenen Aktionär nach abweichender Spruchstellenentscheidung ein Abfindungsergänzungsanspruch zusteht.

Das Spruchstellenverfahren steht im engen Zusammenhang mit der allgemeinen Konzernrechtsproblematik und den Rechten der Minderheit.¹ Dieser rechtliche Hintergrund ist wie folgt:

Das Aktiengesetz typisiert fünf Unternehmensverträge, durch die ein Vertragskonzern² geschaffen wird. Für die vorliegende Arbeit sind jedoch allein der Beherrschungsvertrag und der Gewinnabführungsvertrag relevant (§ 291 Abs. 1 AktG). Durch einen Beherrschungsvertrag unterstellt eine AG oder KGaA die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen ("Obergesellschaft" oder "anderer Vertragsteil"). Die Obergesellschaft, regelmäßig mit dem Großaktionär identisch, kann der beherrschten Gesellschaft bindende Weisun-

1) Siehe hierzu Begr.z.RegE AktG 65, abgedruckt bei Kropff, AktG, S. 373.

2) Zum Verständnis der vorliegenden Arbeit ist es nicht erforderlich, ausführlich auf den Konzernbegriff einzugehen. In § 18 AktG gibt das Gesetz selbst eine Begriffsbestimmung des Konzerns. Das Charakteristische des Konzerns ist das Vorhandensein von mindestens zwei Unternehmen, die unter einer einheitlichen Leitung zusammengefaßt sind. Die Unternehmen können untereinander entweder abhängig oder selbständig sein, das eine kann in das andere eingegliedert sein, oder es kann zwischen beiden ein Unternehmensvertrag bestehen.

gen erteilen. Die beherrschte Gesellschaft muß diese Weisungen auch dann ausführen, wenn sie für sie nachteilig sind (§ 308 Abs. 2 AktG). Der Gewinnabführungsvertrag verpflichtet zur Abführung des gesamten erwirtschafteten Gewinns an die Obergesellschaft (§ 291 Abs. 1 AktG). Wirksamkeitsvoraussetzung für beide Unternehmensverträge ist ein zustimmender Hauptversammlungsbeschluß der Untergesellschaft (§ 293 Abs. 1 S. 2 AktG). Der Hauptversammlungsbeschluß bedarf einer Mehrheit von mindestens Dreiviertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 293 Abs. 1 S. 1 AktG). Wird das herrschende Unternehmen in der Rechtsform der AG oder KGaA geführt, so ist ein zustimmendes Votum auch ihrer Hauptversammlung notwendig. Hier gelten die gleichen Mehrheitserfordernisse (§ 293 Abs. 2 AktG). Der Vertrag wird erst mit Eintragung ins Handelsregister wirksam (§ 294 Abs. 2 AktG).

Ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag muß für die außenstehenden Aktionäre¹ eine angemessene Ausgleichszahlung² (§ 304 Abs. 1 S. 1 AktG) und eine angemessene Abfindung (§ 305 Abs. 1 AktG) vorsehen. Die Ausgleichszahlung ist nach Wahl der Vertragspartner variabel oder in festen Beträgen zu bemessen. Die variable Ausgleichszahlung steht in einem bestimmten Verhältnis

1) Der Begriff des "außenstehenden Aktionärs" ist gesetzlich nicht definiert und in der Literatur umstritten. Auf den Begriff wird später noch ausführlich eingegangen (S. 38 ff.). Hier genügt jedoch der Hinweis, daß der außenstehende Aktionär gekennzeichnet wird durch sein Verhältnis zur Unternehmensbindung. Dem "außenstehenden Aktionär" steht der der Unternehmensverbindung "Innenstehende", d.h. der Großaktionär und die mit ihm verbundenen Unternehmen, gegenüber.

2) Die Ausgleichszahlung wird häufig auch "Dividendengarantie" genannt. Siehe zur Kritik dieses Ausdrucks E. Geßler, Komm.z.AktG, § 305 Anm. 42.

zur Dividende der herrschenden AG (§ 304 Abs. 2 S. 1 AktG). Eine Obergesellschaft, die nicht in der Rechtsform einer AG oder KGaA betrieben wird, kann nur einen festen Betrag als Ausgleichszahlung anbieten (§ 304 Abs. 2 S. 2 AktG). Ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, der keine Ausgleichszahlung vorsieht, ist nichtig (§ 304 Abs. 3 S. 1 AktG).

Neben der Ausgleichszahlungsregelung muß der Unternehmensvertrag die Verpflichtung der Obergesellschaft enthalten, "auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs dessen Aktien gegen eine im Vertrag bestimmte angemessene Abfindung zu erwerben" (§ 305 Abs. 1 AktG). Der Anspruch auf Ausgleich und Abfindung richtet sich gegen die Obergesellschaft.¹ Die Verpflichtung beginnt i.d.R. mit dem Tage, an dem die Handelsregistereintragung des Unternehmensvertrages als bekannt gemacht gilt (argumentum a contrario aus § 305 Abs. 4 S. 2 AktG). Die Verpflichtung zur Zahlung der Abfindung kann befristet werden (§ 305 Abs. 4 S. 1 AktG). Ist die Obergesellschaft eine inländische AG² oder KGaA, so muß die Abfindung dem Grundsatz nach in Aktien die-

-
- 1) Auf Grund der Formulierung des Gesetzes ergibt sich eindeutig, daß die Obergesellschaft Schuldner der Abfindungsverpflichtung ist. Nach herrschender, jedoch teilweise bestrittener Ansicht gilt gleiches für die Ausgleichszahlung (vergl. hierzu E. Geßler, Komm.z.AktG, § 304 Anm. 29 ff. m.w.N.). Dies ergibt sich aus dem Sinn der Ausgleichszahlung als Äquivalent für den gesetzlich tolerierten Vermögenseingriff.
 - 2) Ist das herrschende Unternehmen eine ausländische Gesellschaft, so finden die Schutzvorschriften §§ 304 ff. AktG uneingeschränkt Anwendung. Anstelle einer Abfindung in Aktien ist hier jedoch eine Barabfindung anzubieten. Siehe hierzu: Großfeld, Praxis des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts, S. 133 ff. m.w.N.

ser Gesellschaft geleistet werden.¹ Ist jedoch die Obergesellschaft selbst von einem dritten Unternehmen abhängig, so können wahlweise Aktien dieser Gesellschaft oder eine Barabfindung angeboten werden. In allen anderen Fällen ist eine Barabfindung vorzusehen (§ 305 Abs. 2 AktG). Ein Unternehmensvertrag ohne Abfindungsangebot ist im Unterschied zur Rechtsfolge bei fehlender Ausgleichszahlung wirksam (§ 305 Abs. 5 S. 1 AktG).

Im folgenden soll zunächst nur auf die Abfindungsproblematik eingegangen werden. Die Frage der Ausgleichszahlung wird nur dann behandelt, wenn sich Besonderheiten ergeben; darüberhinaus wird im Dritten Teil dieser Arbeit kurz das Bestehen eines Ausgleichsergänzungsanspruchs geprüft.

Für die hier behandelten Fragen sind die rechtlichen Konsequenzen wichtig, wenn die Abfindung unangemessen ist oder überhaupt fehlt. Eine Anfechtung des Unternehmensvertrages mit einer solchen Begründung ist nicht zulässig (§ 305 Abs. 5 S. 1 AktG). Anstelle eines Anfechtungsrechts ist das Recht zur Anrufung der Spruchstelle getreten. Auf Antrag des außenstehenden Aktionärs bestimmt die Spruchstelle in einem besonderen gerichtlichen Verfahren die angemessene Abfindung (§§ 305 Abs. 5, 306 AktG). Durch die Entscheidung wird "die vertraglich zu gewährende Abfindung" bestimmt (§ 305 Abs. 5 AktG). Die zu überprü-

1) Die Entscheidung des Gesetzgebers, den außenstehenden Aktionär möglichst wieder mit Aktien der Obergesellschaft abzufinden, beruht auf eigentumspolitischen Überlegungen und war in den parlamentarischen Beratungen äußerst umstritten (siehe Ausschlußbericht zu § 305 AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG, S. 398). Vorgeschlagen wurde von den verschiedenen Kommissionen, in jedem Fall eine Barabfindung vorzusehen. Die Entscheidung des Gesetzgebers geht von der Überlegung aus, den Aktionär, der aus einer AG durch Abschluß des Unternehmensvertrages herausgedrängt wird, wieder an einer Vermögensmasse zu beteiligen, die der beherrschten AG wirtschaftlich nahesteht.

fende Abfindung kann vom Gericht nicht herabgesetzt werden.¹ Setzt die Spruchstelle die Abfindung jedoch höher fest, so hat die Obergesellschaft ein Recht zur fristlosen Kündigung des Unternehmensvertrages (§§ 305 Abs. 5, 304 Abs. 5 AktG).

Hier stellt sich aber eine bisher nicht geklärte Frage:

Wird auch derjenige von der Wirkung der Spruchstellenentscheidung berührt, der nach Wirksamwerden des Unternehmensvertrages seine Aktien gegen Erhalt der angebotenen Abfindung abgegeben hat? Er ist nicht mehr außenstehender Aktionär und nimmt nicht am Spruchverfahren teil. Die Spruchstellenentscheidung ändert jedoch den Unternehmensvertrag (§§ 304 Abs. 3, 305 Abs. 5 AktG). Bei Vertragsschluß war er noch außenstehender Aktionär. Die abändernde Spruchstellenentscheidung könnte also zur Folge haben, daß dem bereits vor Rechtskraft der Entscheidung Abgefundenen nur eine Teilleistung gewährt wurde, so daß er einen Abfindungsergänzungsanspruch geltend machen könnte.² Diese Frage ist nicht theoretisch; ihre prak-

1) Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, § 304 Anm. 13.

2) Vergl. E. Geßler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 74; Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 3 ff.; Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 304 Anm. 28; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 11; Möhring-Tank, Handbuch der AG, RZ 765, 766; Rasch, Aktuelle Probleme, S. 15; Flume, Abfindung, DB 1969, 1047; Tiling-Prasse, Entscheidung nach § 305, AG 1969, 63 ff.; Werner, Probleme des neuen Konzernrechts, Neue Betriebswirtschaft 1967, 1 ff.; ders., Ausgewählte Fragen, AG 1972, 167 ff.; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 85 ff.; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm. z. AktG, § 305 Anm. 21; Meyer-Landrut/Miller, Außenstehender Aktionär, DB 1969, 1391 ff.; Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 520 ff.; Veith, H.J. und G., Wirkung der gerichtlichen Entscheidung, DB 1969, 1737.

tische Relevanz wird an den zwei nachfolgend dargestellten Abfindungsfällen deutlich, in denen insbesondere der Abfindungsergänzungsanspruch streitig war.

Abfindungsfall BASF - Wintershall

Der Abfindungsfall BASF - Wintershall wird als "Schulfall des Abfindungsrechts"¹ bezeichnet. Die Wintershall AG, ein Konzern mit einem Aktienkapital von DM 176 Millionen und einem Umsatz von DM 1,6 Milliarden, unterstellte durch Beherrschungsvertrag vom 6. November 1968² die Leitung ihrer Gesellschaft der BASF AG. Die BASF AG, ein weltweit operierender Konzern mit einem Kapital von DM 1,2 Milliarden und einem Konzernumsatz von DM 5,5 Milliarden, unterhielt mit der Wintershall AG seit vielen Jahren intensive geschäftliche Beziehungen. Als großer Volldüngererzeuger war die BASF AG ein bedeutender Abnehmer der Kaliprodukte von der Wintershall AG. Die gemeinsam betriebene Erdölraffinerie Mannheim belieferte das Ludwigshafener Werk der BASF AG mit petrochemischen Ausgangsstoffen. Als Hauptmotiv der Unternehmensbindung wurden erhebliche Rationalisierungsgewinne genannt.³

1) Flume, Abfindung, DB 1969, 1047.

2) Vertragstext ist als Anlage abgedruckt

3) Siehe dazu Aktionärsbrief der BASF AG vom 12. November 1968 und Kommentar zum Unternehmensvertrag in Das Wertpapier 1969, 23, 24.

Für die außenstehenden Aktionäre der Wintershall AG sah der Vertrag entweder eine Ausgleichszahlung von 9/10 der BASF Dividende oder eine Abfindung in Form von 9 BASF Aktien gegen 10 Wintershall Aktien vor. Die außerordentliche Hauptversammlung der BASF AG genehmigte zur Durchführung des Umtauschs die bedingte Erhöhung des Kapitals um bis zu DM 164.378.150,-. In einer gemeinsamen Mitteilung erklärten die Vorstände der beiden Gesellschaften:

"Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung kann die Verwaltung der BASF ein anderes als das vereinbarte Umtauschverhältnis oder eine höhere als die vereinbarte Dividendengarantie für die freien Aktionäre der Wintershall AG nicht vertreten. Sie sieht sich deshalb im Interesse ihrer Aktionäre heute schon zu der Ankündigung veranlaßt, daß eine von den getroffenen Vereinbarungen abweichende gerichtliche Festsetzung des Umtauschverhältnisses oder der Dividendengarantie sie dazu zwingen würde, auf den Beherrschungsvertrag zu verzichten und von dem ihr für diesen Fall nach dem Gesetz zustehenden Recht der sofortigen Kündigung dieses Vertrages Gebrauch zu machen. Infolgedessen empfehlen wir denjenigen Wintershall-Aktionären, welche der Relation 10 : 9 nicht vorbehaltlos zustimmen können, sich nicht auf ein späteres amtliches Verfahren zu verlassen, sondern von vornherein gegen den Beherrschungsvertrag zu stimmen."

Die BASF AG verfügte zur Zeit des Hauptversammlungsbeschlusses noch nicht über eine qualifizierte Mehrheit des Wintershall-Kapitals, so daß die außenstehenden Aktionäre den Vertragsschluß hätten verhindern können. Dies geschah jedoch nicht. Die Hauptversammlung beider Gesellschaften stimmte mit den erforderlichen Dreiviertel-Mehrheiten (§ 293 AktG) dem Unternehmensvertrag zu. Vertreter der Minderheit erklärten, "nur deshalb für den Unternehmensvertrag zu stimmen, um damit die Voraussetzung für

die Einleitung eines Spruchstellenverfahrens zu schaffen."¹ Der Unternehmensvertrag wurde ins Handelsregister eingetragen.

Daraufhin leiteten drei Wintershall Aktionäre das Spruchstellenverfahren ein. Parallel hierzu kaufte die BASF AG an den Wertpapierbörsen alle angebotenen Wintershall Aktien und fand zahlreiche außenstehende Aktionäre ab. Innerhalb eines Jahres hatte sie 95 % des Wintershall Kapitals erworben und damit die Voraussetzung für eine Eingliederung gemäß § 320 AktG geschaffen.² Die außerordentlichen Hauptversammlungen beider Gesellschaften stimmten am 16./17. November 1970 erwartungsgemäß für die Eingliederung der Wintershall AG in die BASF AG. Die Eingliederung beendete das Spruchstellenverfahren jedoch nicht. Das angerufene Gericht begann umfangreiche Untersuchungen zur Ermittlung von Angemessen-

1) Siehe FAZ vom 20.12.1968, S. 19.

2) Die Eingliederung ist gesetzlich in §§ 319 ff. AktG geregelt. Durch die Eingliederung wird eine Konzernverbindung in der engstmöglichen Form geschaffen. Die eingegliederte Gesellschaft untersteht in ihrer Organisation voll der Obergesellschaft, behält jedoch im Unterschied zur Verschmelzung ihre rechtliche Selbständigkeit. Die Eingliederung einer AG in eine andere AG ist möglich, wenn sich alle Aktien in der Hand der Obergesellschaft befinden (§ 319 AktG). Eine Eingliederung ist jedoch auch schon dann möglich, wenn der Obergesellschaft 95% der Untergesellschaft gehört (§ 320 Abs. 1 AktG). Die Minderheitsaktionäre scheiden mit der Eintragung der Eingliederung ins Handelsregister aus der abhängigen Gesellschaft aus. Ihre Aktien gehen auf die Obergesellschaft über. Die Angemessenheit der Abfindung wird ebenfalls in einem Spruchstellenverfahren überprüft (§ 320 Abs. 7 AktG).

heit des Ausgleichs und der Abfindung. Zu einer Entscheidung kam es dennoch nicht mehr. Das Verfahren wurde durch Vergleich beendet, der am 30.9.1977 im Bundesanzeiger veröffentlicht wurde.¹

Für die hierzu untersuchende Problematik ist der Inhalt des Vergleichs wichtig. Die BASF AG verpflichtete sich nicht nur, den am Spruchstellenverfahren beteiligten ausgeschiedenen Aktionären eine höhere Abfindung zu zahlen, sondern den bereits vorher abgefundenen Aktionären wurde eine Nachzahlung von DM 75,-- pro Aktie nebst 5 % Zinsen seit dem 1.1. 1977 gewährt. Die bereits vorher abgefundenen Aktionäre wurden damit so gestellt, als ob ihnen ein Abfindungsergänzungsanspruch zusteht.

Eine ähnliche Problematik zeigt sich im

Abfindungsfall Langenbrahm - Intergrund.

Die Langenbrahm AG ist ein in Essen ansässiges, ehemals im Bergbau tätiges Unternehmen, dessen Hauptaktivum umfangreicher Grundbesitz im Essener Raum ist. Das Kapital der Gesellschaft betrug DM 2,1 Millionen. Die Aktien sind an der Rheinisch-Westfälischen Börse zu Düsseldorf zum Handel und zur amtlichen Notiz zugelassen. Die außerordentliche Hauptversammlung der Langenbrahm AG hatte am 1. Juli 1977 über einen Beherrschungsvertrag mit der Intergrund Grundstücksgesellschaft mbH & Co KG abzustimmen, die 75 % des Langenbrahm Kapitals erworben hatte. Als

1) Bundesanzeiger Nr. 184, S. 9.

Abfindung wurden 1000 % des Nennwerts der Aktie geboten, als Ausgleichszahlung waren 20 % pro Aktie und ein Bonus von 50 % für die Jahre 1979 - 1980 vorgesehen. Die Ausgleichszahlung war für die außenstehenden Langenbrahm Aktionäre außerordentlich vorteilhaft. Die Abfindung hingegen entsprach in etwa dem Börsenkurs. In der Hauptversammlung gaben die Vertreter der Minderheit ihre Absicht bekannt, in einem Spruchstellenverfahren die Angemessenheit der Abfindung und der Ausgleichszahlung überprüfen zu lassen. In diesem Zusammenhang wurde ausführlich über einen möglichen Abfindungsergänzungsanspruch diskutiert. Der Vertreter des herrschenden Unternehmens gab schließlich eine Erklärung zu Protokoll, bei einer abweichenden Spruchstellenentscheidung die Differenz den bereits vorher abgefundenen Aktionären nachzahlen. Die Hauptversammlung stimmte dem Unternehmensvertrag mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit zu. Einige außenstehende Aktionäre leiteten das Spruchstellenverfahren ein. Der Umfang der notwendigen Ermittlungen läßt eine Entscheidung erst in einigen Jahren erwarten.

Die in den beiden vorstehend dargestellten Beispielfällen auftauchende Streitfrage des Abfindungsergänzungsanspruchs hängt von der Wirkung der Spruchstellenentscheidung ab. Es ist sinnvoll, zunächst das Spruchstellenverfahren zu untersuchen und dann im zweiten Teil dieser Arbeit das Bestehen eines Abfindungsergänzungsanspruchs für bereits vorher abgefundene Aktionäre zu prüfen. Zwei Sonderprobleme (Ausgleichsergänzungsanspruch, Abfindungsverträge) werden im Dritten und Vierten Teil der Arbeit behandelt.

ERSTER TEIL: SPRUCHSTELLENVERFAHREN

Das Spruchstellenverfahren dient dem Schutz außenstehender Aktionäre. Dabei hat in seiner Ausgestaltung das Kräfteverhältnis zwischen herrschendem Unternehmen und außenstehenden Aktionären seinen Niederschlag gefunden. Aus diesem Grunde soll zunächst ein Blick auf die wirtschaftliche Ausgangslage und die Motivation der Obergesellschaft zur Schaffung eines Vertragskonzerns geworfen werden. Daran anschließend wird die wirtschaftliche Ausgangslage des außenstehenden Aktionärs untersucht, bevor das Spruchstellenverfahren in seinen Einzelheiten dargestellt wird.

A. Wirtschaftliche Ausgangslage

I. Herrschendes Unternehmen

a) Motivation für den Vertragskonzern

Es gibt eine Vielzahl von Gründen, die ein herrschendes Unternehmen zum Abschluß eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrages bewegen.¹

Die Wichtigsten, die zumeist kumuliert die Entscheidung herbeiführen, sind:

1) Siehe hierzu: Langen, Haftung eines herrschenden Unternehmens, DB 1977, 151 ff.; Lenel, Konzentration, S. 350 f.; Martens, Mehrheits-Minderheitskonflikte, AG 74, 9; Möhring, Unternehmensverbindungen, NJW 1967, 1, 2 ff.; Müller, Beherrschungsvertrag, AG 1965, 133 ff.; Schäffer, Selbstfinanzierung, AG 1959, 57; Wilhelmi, Neues AktG, AG 1965, 278, 279; Winter, Steuerliche Anerkennung, DB 1966, 789; Würdinger, Eingliederung, AG 1972, 13 ff.; Zartmann, Probleme der Dividendengarantie, AG 1964, 87, 118.

aa) Wettbewerbsgründe: ,

Einem Großaktionär gelingt es, eine qualifizierte Mehrheit eines Konkurrenzunternehmens aufzukaufen. Durch den Abschluß eines Beherrschungsvertrages wird das abhängige Unternehmen der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens untergeordnet und scheidet als Konkurrent aus. Diese horizontale Konzernbindung muß nicht immer Monopolisierungscharakter haben, sondern kann bei einem kleinen oder mittleren Unternehmen auch der Schaffung einer wettbewerbsfähigen Unternehmensgröße dienen, z.B. für kostengünstigere Werbung oder ein gemeinsames Marketingkonzept.

In vertikaler Richtung kann durch einen Beherrschungsvertrag auch eine bestimmte Rohstoff- oder Zulieferungssicherung betrieben werden. Gerade bei Werkstoffen, die nur in begrenztem Umfange verfügbar sind oder Zulieferungsteilen, die ein hohes technisches Wissen erfordern, ist der Weiterverarbeiter oft wirtschaftlich von dieser Lieferung abhängig. Er muß Preissteigerungen akzeptieren, ohne Alternativen zu haben. Bei solchen Marktverhältnissen läßt sich der finanziell starke Weiterverarbeiter nicht die Chance entgehen, eine qualifizierte Mehrheit des Zulieferers zu erwerben. Durch Abschluß eines Beherrschungsvertrages kann er sich die benötigten Lieferungen sichern.

Der Weg über den Erwerb einer qualifizierten Kapitalmehrheit ist oft auch eine Möglichkeit, sich günstig ein bestimmtes Know how, ein Patent oder einen gewünschten Kundenkreis zunutze zu machen. Gerade wenn beabsichtigt ist, sich einen neuen Markt

zu eröffnen, ist der Erwerb eines bereits im Markt tätigen Unternehmens oft billiger und vorteilhafter als eine Neugründung.

bb) Steuerliche Gründe

Der Abschluß eines Beherrschungsvertrages bedeutet steuerlich die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung des beherrschten Unternehmens in das Unternehmen der Obergesellschaft. Hierdurch wird manchmal die Möglichkeit eines sofortigen Verlustausgleichs zwischen der Obergesellschaft und dem abhängigen Unternehmen geschaffen (§ 14 KStG).¹ Die Konsolidierung der Unternehmensergebnisse ist oft ein wichtiges Motiv zur Unternehmenszusammenführung.¹

Neben dieser körperschaftssteuerlichen Überlegung ist der Effekt für die Gewerbe- und Umsatzsteuer bei der Unternehmensbindung nicht unerheblich. Für die Gewerbesteuer ist der Hebesatz der Gemeinde maßgebend, in der die Obergesellschaft ihren Sitz hat. Das herrschende Unternehmen hat die Möglichkeit, sich in einer steuerlich günstigen Gemeinde niederzulassen,

1) Siehe hierzu ausführlich: Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 23 ff.
Durch die Reform des Körperschaftssteuerrechts sind ab 1. Januar 1977 die Vorzüge der Organschaft und des Schachtelprivilegs von dem Anrechnungsverfahren verdrängt worden.

um auch für das beherrschte Unternehmen den günstigen Hebesatz in Anspruch nehmen zu können.¹

Ein weiterer Vorteil des Konzerns ergibt sich hinsichtlich der Umsatzsteuerpflicht. Der Umsatz zwischen Konzernunternehmen unterliegt nicht der Mehrwertsteuer (§ 2 UStG). Die Obergesellschaft, die von dem beherrschten Unternehmen Waren bezieht, kauft billiger ein. Zwar besteht die Möglichkeit, gezahlte Mehrwertsteuer gegen die selbst einbehaltene Mehrwertsteuer als Vorsteuer zu verrechnen (§ 15 UStG), jedoch setzt dies eine ausreichende Verrechnungssposition voraus. Besteht keine entsprechende Verrechnungsmöglichkeit, so hat die Obergesellschaft durch den ersparten Liquiditätsabfluß zumindest einen Zinsvorteil.

cc) Finanzierungsgründe

Die Obergesellschaft kann ein Interesse daran haben, die Fremdfinanzierung der abhängigen AG zu erleichtern. Hierbei wird sie vor allem an einer Möglichkeit interessiert sein, ihre Bonität und Ertragskraft als Kreditunterlage zur Verfügung zu stellen, ohne der Bank eine eigene, die Bilanz belastende Sicherheit einräumen zu müssen. Eine solche Möglichkeit gibt der Abschluß eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrages. Gemäß § 302 Abs.1 AktG ist das herrschende Unternehmen zum Verlustausgleich ver-

1) Vergl. hierzu Niemann, Ansprüche der Minderheitsaktionäre, S. 27, 28.

pflichtet. Diese Ausgleichspflicht hat für die Bank der Untergesellschaft den Wert einer Garantie. Darüberhinaus ist das herrschende Unternehmen gemäß § 303 Abs.1 AktG bei Beendigung des Unternehmensvertrages der Bank zur Sicherheitsleistung verpflichtet. Die Bank kann somit bei der Kreditvergabe an die abhängige Gesellschaft allein auf die Vermögens- und Ertragssituation der Obergesellschaft abstellen. Vor Abschluß des Unternehmensvertrages hatte die Bank dagegen keinen Anspruch gegen die Obergesellschaft und mußte sorgfältig ihre Einflußnahme auf das abhängige Unternehmen beobachten. Die Obergesellschaft weist erst bei Beendigung des Unternehmensvertrages eine Bürgschaftsverpflichtung in ihrer Bilanz aus, obwohl sie bereits vorher wirtschaftlich das Kreditrisiko trägt.

dd) Weisungsrecht

Der Abschluß eines Beherrschungsvertrages berechtigt die Obergesellschaft, dem Vorstand des beherrschten Unternehmens bindende Weisungen zu erteilen (§ 308 Abs.1 AktG). Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen auch dann auszuführen, wenn diese nach seiner Ansicht für die Gesellschaft nachteilig sind. Die Obergesellschaft kann z.B. den Vorstand der Untergesellschaft verpflichten, von ihr einen Vermögenswert zu einem überhöhten Preis zu erwerben.

Auf diese Weise kann sich das herrschende Unternehmen zur Verbesserung der eigenen Bilanz vorübergehend von unverzinslichen oder niedrig verzinslichen Akti-

va. trennen, um sich gewünschte Liquidität zu verschaffen. Erst wenn diese Maßnahmen zu einem Verlust für die abhängige AG führen, ist die Obergesellschaft zum Verlustausgleich verpflichtet (§ 302 Abs. 1 AktG).

ee) Vermeidung des Abhängigkeitsberichts

Ein wichtiger Beweggrund für den Abschluß eines Unternehmensvertrages ist die Vermeidung des Abhängigkeitsberichts. Besteht kein Beherrschungsvertrag, so ist der Vorstand der abhängigen AG zur Erstellung eines jährlichen Abhängigkeitsberichtes verpflichtet, in dem alle Rechtsgeschäfte mit der Obergesellschaft aufzuführen sind (§ 312 AktG). In diesem Bericht sind die Leistung und die Gegenleistung und die Vor- und Nachteile für die abhängige Gesellschaft aufzunehmen. In der sog. "Schlußerklärung" muß der Vorstand zum Ausdruck bringen, ob die Nachteile für die Gesellschaft ausgeglichen wurden. Diese Schlußerklärung wird in den zu publizierenden Geschäftsbericht aufgenommen (§ 312 Abs. 3 AktG). Die Aufstellung des Abhängigkeitsberichtes ist für die Parteien der Konzernbindung außerordentlich lästig. Häufig wird die Feststellung Schwierigkeiten bereiten, ob alle Nachteile ausgeglichen wurden. Diese Erfordernisse entfallen mit dem Abschluß eines Beherrschungsvertrages.

b) Abfindungshöhe

Die Überlegung, welche Abfindung den außenstehenden Aktionären anzubieten ist, gehört zu den komplexesten Themen der Abfindungsproblematik.¹ Hier sollen nur die

1) Siehe hierzu: Bankmann, Untergrenzen, DB 1968, 1410 ff.; Bernhardt, Abfindung, BB 1966, 257 ff.; Brauksiepe, Ausgleichs-Ansprüche, BB 1971, 109 ff.; Büschgen, Aktienanalyse, S. 1 ff.; Busse von Colbe, Maßgeblichkeit des Börsenkurses, AG 1964, 263 ff.; Drukarczyk, Abfindung, AG 1973, 357 ff.; Elmendorff, Bewertung von Unternehmensanteilen, WP 1966, 548 ff.;

Gedanken skizziert werden, die die Interessenlage des herrschenden Unternehmens bestimmen.

Da ein Unternehmensvertrag trotz fehlendem Abfindungsangebot wirksam ist, könnte die abfindungsverpflichtete Obergesellschaft zunächst erwägen, keine Abfindung anzubieten. Auf diese Weise könnte sie vermeiden, daß in dem einzuleitenden Spruchstellenverfahren die Abfindung von vorneherein auf einem hohen Niveau diskutiert wird. Setzt die Spruchstelle nach einem mehrjährigen Verfahren die Höhe der Abfindung fest, so hätte die Obergesellschaft auf Grund der vorenthaltenen Zahlungen eventuell einen Zinsvorteil. Ein solcher Zinsvorteil wird sich jedoch in engen Grenzen halten, da die angerufene Spruchstelle bei einer fehlenden oder offensichtlich unzureichenden Abfindung eine vorläufige Anordnung über einen Teilbetrag treffen kann.¹ Weiterhin kann bei der Angemessenheitsfeststellung ein Zinsverlust Berücksichtigung finden.²

Für die Höhe der "angemessenen Abfindung" ist nicht der Börsenkurs maßgebend.³ Dies ergibt sich schon

(Fortsetzung der Fußn. 1 von S. 16)

Frank, Angemessene Abfindung, BA 1938, 641 ff.; Frey, Unternehmensbewertung, WP 1963, 146 ff.; Gansweid, Barabfindung, AG 1977, 334 ff.; Heun, Angemessene Abfindung, Wirtschaftstreuhand, 1938, 220 ff.; Huppert, Unternehmensbewertung, ZfgK, 1970, 316 ff.; Jacob, Unternehmensbewertung, ZfB 1961, 231 ff.; Kapp, Sicherung außenstehender Aktionäre, BB 1973, 1514, 1515; Kindermann, Börsenkurs, AG 1964, 178 ff.; Meilicke, Barabfindung, Diss. S. 1 ff.; Rieger, Abfindung, JZ 1938, 3016 ff.; Schreiber, Abfindung, BfGGen. 1972, 101 ff.; Sieben, Angemessene Abfindung, Festschrift für Münstermann, S. 401 ff.; Vogt, Abfindung, BB 1975, 1581 ff.; Warnecke, Abfindung, WP 1964, 446 ff.; Winnefeld, Barabfindung, DB 1975, 457 ff.

- 1) Keidel-Winkler, Komm. z. FGG, § 19 Anm. 25.
- 2) Vergl. LG Hamburg, Beschluß v. 28.8.1974 in BB 1975, 533; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 54.
- 3) Vergl. hierzu Niemann, Ansprüche der Minderheitsaktionäre, S. 198 ff. m.w.N.; KG Berlin, Beschl. v. 15.12.1970 - WM 1971, 764 ff.; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 34; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.1973, WM 1973, 1085 f.; LG Hannover, Beschl. v. 16.6.1977, AG 1977, 346; Obermüller/Werner/Winden, AktG, Zu § 305 Abs. 1-4.

aus der gesetzlichen Bestimmung, daß für die Höhe der Barabfindung "die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Beschlußfassung der Hauptversammlung über den Vertrag zu berücksichtigen ist" (§ 305 Abs. 3 S. 1 AktG). Der Börsenkurs gibt zwar in der Regel einen Anhaltspunkt für den Wert einer Aktie, jedoch unterliegt er stark den Marktschwankungen. Gerade bei einem engen Markt ist er schon mit geringen Beträgen beeinflussbar und gibt eher einen Aufschluß über die Begehrtheit einer Aktie als über ihren Wert.

Der wahre wirtschaftliche Unternehmenswert, bezogen auf die einzelne Aktie, muß für das abfindungsverpflichtete Unternehmen Basis seiner Überlegungen sein. Dieser Wert ist das gesetzliche Minimum, das dem außenstehenden Aktionär anzubieten ist. Es dürfte der allgemeinen Praxis entsprechen, daß dieser Wert an Hand eines Wirtschaftsprüfergutachtens bestimmt wird. Das herrschende Unternehmen möchte zunächst einmal als Basis der eigenen Überlegungen den wahren Wert des Unternehmens feststellen lassen. Aus diesem Grunde ist darauf zu achten, daß ein Interessenkonflikt zwischen dem Wirtschaftsprüfer und der abhängigen Gesellschaft vermieden wird. Ein neutraler Prüfer, der weder die Bilanz der Obergesellschaft, noch die der abhängigen Gesellschaft testiert, erscheint für diese Aufgabe am geeignetsten. Ist einmal diese Wertbasis gefunden, so wird sich das abfindungsverpflichtete herrschende Unternehmen bei seinen weiteren Überlegungen von seiner Liquiditätsslage und seiner Unternehmensstrategie leiten lassen. Eine hohe Abfindung läßt naturgemäß erwarten, daß viele außenstehende Aktionäre von dem Abfindungsangebot Gebrauch machen. Ist die aufzubringende Barab-

findung hoch und die Liquiditätslage eng, so empfiehlt es sich, eher eine großzügige Ausgleichszahlung und eine knapper bemessene Abfindung anzubieten. Auf diese Weise werden die außenstehenden Aktionäre bewegt, Aktionäre der beherrschten Gesellschaft zu bleiben und von der Abfindung keinen Gebrauch zu machen.

c) Kostenüberlegungen

Im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Beherrschungsvertrages und der Durchführung der Abfindung außenstehender Aktionäre kommen nicht unerhebliche Kosten auf die Parteien des Unternehmensvertrages zu. Nachfolgend die wichtigsten Kostenfaktoren, die die Interessenlage maßgeblich bestimmen.

aa) Gutachterkosten

Vor der Entscheidung über die Höhe der anzubietenden Abfindung wird das herrschende Unternehmen ein Gutachten über den Aktienwert des abhängigen Unternehmens anfertigen lassen. Dieses Gutachten wird zweckmäßigerweise vom Vorstand der herrschenden AG in Auftrag gegeben. Bei diesen Gutachterkosten ist je nach Bedeutung und Schwierigkeit der Untersuchung mit sechsstelligen Beträgen zu rechnen.

bb) Abwicklungskosten

Ist das herrschende oder das beherrschte Unternehmen eine Aktiengesellschaft, deren Aktien börsennotiert sind, so wird die technische Durchführung der Abfindung in der Regel von dem bestehenden Emissionskonsortium durchgeführt werden. Da in der Bundesrepublik der weitaus überwiegende Teil der Aktien in Depotverwahrung ist, bietet sich diese Form der technischen Abwicklung geradezu an. Die Bankschalter des Emissionskonsortiums sind Zahl- und Einreichungsstelle für die abfindungsberechtigten außenstehenden Aktionäre. Die Abwicklung erfolgt direkt zwischen den Depotbanken und den Konsortialbanken.

Für die technische Durchführung des Abfindungs- oder Umtauschangebotes ist dem Konsortium eine Provision zu zahlen, die mit 3% des Nominalbetrages der eingereichten Aktien zu veranschlagen ist. Kostenschuldner ist der Auftraggeber. Dieser wird mit dem börsennotierten Unternehmen identisch sein, für das das beauftragte Bankenkonsortium tätig wird.

cc) Kosten des Spruchverfahrens

Gemäß § 306 Abs. 7 S. 8 AktG sind Kostenschuldner des Spruchstellenverfahrens grundsätzlich die Über- und die Untergesellschaft als Gesamtschuldner. Diese gesetzliche Regelung sagt jedoch nicht, wer im Innenverhältnis zwischen den Parteien des Unternehmensvertrages die Kostenlast zu übernehmen hat. Durch seine Mehrheitsbeteiligung trägt die Obergesellschaft

in der Regel zumindest indirekt die überwiegenden Kosten. Da der Unternehmensvertrag auf Veranlassung und im Interesse der Obergesellschaft geschlossen wird, sollte diese im Innenverhältnis die Gesamtkosten übernehmen; das Gericht kann in der Kostenentscheidung diese Sachlage berücksichtigen (§ 306 Abs. 7 AktG).

Die Höhe des Geschäftswertes richtet sich nach § 30 Abs. 1 KostO (§ 306 Abs. 7 AktG). Das angerufene Gericht bestimmt den Geschäftswert nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes und der Tragweite der gestellten Anträge. Er besteht regelmäßig im Unterschied zwischen angebotener Abfindung und der vom Gericht für angemessen gehaltenen Verpflichtung. Als Orientierungsgröße kommt der Betrag in Frage, den das herrschende Unternehmen möglicherweise nachzahlen muß.¹

Da bei Beginn des Verfahrens oder bei vorzeitiger Beendigung durch Antragsrücknahme dieser Unterschiedsbetrag nicht feststeht, kann die Spruchstelle den Geschäftswert vorläufig bzw. endgültig nach ihrem Ermessen unter Berücksichtigung der gestellten Anträge festlegen.

Bei einem Geschäftswert von z.B. DM 10 Mio muß das kostenpflichtige herrschende Unternehmen mit Gerichtskosten von ca. DM 60.000,- (§ 306 Abs. 7 AktG i.V. mit §§ 30, 32 KostO) pro Instanz rechnen. In der

1) Vergl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluß v. 6.8. 1971 - in BB 1971, 1171; OLG Frankfurt, Beschluß v. 16.9.1971 - in NJW 1972, 641; Rutkowski, Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt v. 16.9. 1971 in NJW 1972, 641; OLG Hamburg, Beschluß v. 24.10.1975 in DB 1975, 2269.

Beschwerdeinstanz kann zwar der Geschäftswert geändert werden, jedoch gilt auch hier der gleiche Kostenansatz (Doppelte der vollen Gebühr), § 306 Abs. 7 S. 3 AktG.

Neben den Kosten des gerichtlichen Verfahrens sind die Kosten für die vom Gericht bestellten Sachverständigen, den gemäß § 306 Abs. 4 AktG bestellten "gemeinsamen Vertreter" für die außenstehenden, aber nicht antragstellenden Aktionäre und die außergerichtlichen Kosten für die Antragsteller zu berücksichtigen.

Die Kosten für die vom Gericht bestellten Sachverständigen gehören zu den Verfahrenskosten und sind gemäß § 306 Abs. 7 AktG zu verteilen. Für ein Sachverständigengutachten, das eine detaillierte Unternehmenswertberechnung und einen Vorschlag zur Abfindungsregelung enthält, ist mit Kosten in sechsstelliger Größenordnung zu rechnen. Vielfach wird es notwendig sein, ein Obergutachten auf der Basis des bereits vom herrschenden Unternehmen vorgelegten Gutachtens zu erstellen.

Die Kosten des "gemeinsamen Vertreters" trägt auf Grund der gesetzlichen Sonderregelung des § 306 Abs. 4 AktG die beherrschte Gesellschaft allein. Wegen der Bedeutung der Sache und der Notwendigkeit, schwierige rechtliche und betriebswirtschaftliche Fragen vor Gericht zu erörtern, kommt als gemeinsamer Vertreter in der Regel nur ein wirtschaftlich erfahrener Anwalt in Betracht. Dieser hat Anspruch auf einen Vorschuß und ein Honorar nach den Bestimmungen der BRAGO.¹ Bei einem Geschäftswert von z.B.

1) Siehe hierzu OLG Celle, Beschluß v. 4.5.1974 in WM 1974, 555.

DM 10 Mio kommt hier auf das beherrschte Unternehmen eine Kostenlast in sechsstelliger Größenordnung zu.

Das Gesetz sagt nichts darüber aus, wer die notwendigen außergerichtlichen Kosten der antragstellenden außenstehenden Aktionäre zu tragen hat. Unter Zugrundelegung des erkennbaren gesetzgeberischen Willens, den Parteien des Unternehmensvertrages die notwendigen Verfahrenskosten aufzuerlegen, ist hier § 306 Abs. 7 AktG auch auf diese Kosten anzuwenden. Durch die Abfindungsregelung der §§ 304 ff. AktG soll der außenstehende Aktionär, in dessen Vermögensrecht durch den Vertrag eingegriffen wird, wirtschaftlich geschützt werden. Wenn das erkennende Gericht der Auffassung ist, daß die außergerichtlichen Kosten notwendig und zweckmäßig waren, so sind auch diese Kosten dem Antragsteller zu erstatten. Kosten der Rechtsvertretung sind in der Regel notwendig und zweckmäßig.¹

dd) Kosten eventueller Nachzahlungen

Setzt das herrschende Unternehmen die Abfindungshöhe unter der Angemessenheitsgrenze an, so muß es neben erhöhten Verfahrenskosten, die aus der oben erläuterten Geschäftswertberechnung resultieren, mit erheblichen Nachzahlungsbeträgen rechnen. Die willkürliche Unangemessenheit der Abfindung führt für die Obergesellschaft nicht unbedingt zu einem finanziellen Vorteil. Darüberhinaus schadet eine erhebliche Differenz zwischen angebotener und angemessener Abfindung dem Ansehen der Obergesellschaft und kann zu dem Vorwurf führen, das Mehrheitsrecht zum Schaden der Minderheit auszunutzen. Es

1) Vergl. OLG Düsseldorf, Beschluß v. 8.6.1973, WM 1973, 1085 f.; OLG Frankfurt, Beschluß v. 16.9.1971, NJW 1972, 641 gelangt zum gleichen Ergebnis über die Anwendung von § 13a FGG; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 306 Anm. 49.

ist eine wichtige Aufgabe des Vorstands eines Konzernunternehmens, ein gutes Verhältnis auch zu den Minderheitsaktionären zu schaffen. Aus diesen Gründen entspricht es dem Interesse des herrschenden Unternehmens, von Anfang an eine wirtschaftlich angemessene Abfindung anzubieten und eventuelle Nachzahlungen so gering wie möglich zu halten.

II. Außenstehender Aktionär

a) Vermögenseingriff

Der Abschluß eines Beherrschungsvertrages bedeutet für den außenstehenden Aktionär einen Eingriff in sein Vermögensrecht und in sein Gesellschafterrecht.¹ Der Vor-

1) Siehe zur Problematik allgemein: Ballerstedt, Verfassung der AG, DB 1957, 837 ff.; ders., Aktienrechtsreform, S. 71; Beuthien, Unternehmenskonzentration, JuS 1970, 53 ff.; Duden, Konzernrecht, BB 1957, 1230, 1232; v. Falkenhausen, Mehrheitsherrschaft, S. 34 ff.; ders., Minderheitenschutz, AG 1972, 237, 276 ff.; Fechner-Schneider, Rechtsmißbrauch, S. 7 ff.; Fischer, Grundrechte des Einzelaktionärs, DB 1958, 1263 ff.; Filbinger, Mehrheitsherrschaft, S. 52 f.; Flume, Organschaft, DB 1956, 455 ff.; Günther, Konzernverschmelzung, AG 1968, 98 ff.; Heymann, Haftung der Aktionäre, Festschrift für Wieland, S. 221 ff.; Kronstein, Wirtschaftliche Machtentfaltung, BB 1960, 221 ff.; ders., Aktienrechtliche Aspekte der Konzentration, Festschrift für E. Geßler, S. 219 ff.; Kropff, Konzernrecht des AktG, BB 1965, 1281 ff.; Kühn, Minderheitenschutz, BB 1965, 1170 ff.; Markou, Struktur der Minderheitenrechte, Diss. S. 1 ff.; Meilicke, Korporative Versklavung, Festschrift für E. Hirsch, S. 99 ff.; Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 342 ff.; ders., Konzentration und Wettbewerb, FAZ v. 14.3.1970, S. 15; Möhring, Ausgleichsgarantie, Freundesgabe für Hengelter, S. 216; Pleyer, Unternehmenskonzentration, AG 1959, 8 ff.; Raisch, Aktienrecht, JZ 1966, 501 ff.; Schilling, Macht und Verantwortung, Festschrift für E. Geßler, S. 159 ff.; Straßberger, Beherrschungsvertrag, S. 45 ff.; Wilhelmi, Ziele des neuen Aktienrechts, S. 11 ff.; Würdinger, Konzernrechtliche Abhängigkeit, DB 1957, 961; ders., Vermögensverfügung beim Beherrschungsvertrag, DB 1972, 1565 ff.; ders., Aktien- und Konzernrecht, S. 282 ff.

stand "seiner" AG handelt nicht mehr allein im Interesse des Unternehmens, sondern ist zur Ausführung von Weisungen des herrschenden Unternehmens verpflichtet. Zumeist ist der Vorstand bereits mit Vertrauensleuten des herrschenden Unternehmens besetzt.

Der außenstehende Aktionär muß davon ausgehen, daß zwischen der Leitung des herrschenden und des beherrschten Unternehmens nach Abschluß des Unternehmensvertrages Interessenidentität besteht. War das beherrschte Unternehmen ein Konkurrent des herrschenden Unternehmens oder bestand eine vertikale Unternehmensbeziehung als Zulieferer oder Abnehmer, so wird sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Marktverhalten des beherrschten Unternehmens nach Abschluß des Vertrages ändern. Die künftige Expansion, die Entwicklung von neuen Produkten, die Erschließung von neuen Märkten etc. werden sich dem Willen des herrschenden Unternehmens unterordnen. Dieses geänderte Marktverhalten und das von einem Dritten kontrollierte Expansionsstreben wird sich auch auf die Kapitalentwicklung des beherrschten Unternehmens niederschlagen. Eine sog. Wachstumsaktie, die in regelmäßigen Abständen durch Kapitalerhöhung und Gewährung von Bezugsrechten dem Aktionär eine zusätzliche Rendite brachte, kann durch die Unternehmensbindung je nach Willenslage des herrschenden Unternehmens in ihrem Wachstum gebremst werden.

Die Dividendenpolitik, die bei einer Wachstumsaktie dem steigenden Kapitalbedarf angepaßt war (Schütt-aus-Hol-zurück-Prinzip), wird sich durch den Beherrschungsvertrag ändern. Sie wird sich nicht mehr an den Erwartungen der Aktionäre und an den Entwicklungsplänen der Gesellschaft orientieren, sondern vom Interesse des Großaktionärs bestimmt sein.

Die oben angedeuteten Möglichkeiten, aus bilanzoptischen Gründen Geschäfte zwischen den Konzernpartnern zu nicht marktkonformen Bedingungen abzuschließen, bringt den außenstehenden Aktionär bei Beendigung des Unternehmensvertrages in eine verschlechterte

Rechts- und Vermögensposition. Nur ein Jahresfehlbetrag verpflichtet zum Verlustausgleich (§ 302 Abs. 1 AktG), nicht jedoch ein nachteiliges Geschäft. Endet der Unternehmensvertrag durch Zeitablauf, so entfallen auch die Verpflichtungen gegenüber den außenstehenden Aktionären. Sie haben keine Möglichkeit, die Beendigung des Unternehmensvertrages zu verhindern

Zwar sieht § 296 Abs. 2 AktG einen Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre vor, wenn der Unternehmensvertrag vor Fristablauf aufgehoben werden soll; endet jedoch der Beherrschungsvertrag durch Zeitablauf, so ist ein solcher Beschluß nicht notwendig.¹

b) Bewertungsprobleme

Nach Abschluß des Unternehmensvertrages kann der außenstehende Aktionär zwischen Ausgleichszahlung und Abfindung wählen. Der Entscheidung geht in der Regel eine Angemessenheitsprüfung voraus. Dieser Prüfung sind jedoch von vornherein enge Grenzen gesetzt. Bei einem Bestand von nur wenigen Aktien ergibt sich schon ein ökonomischer Zwang, diese Angemessenheitsprüfung allenfalls an Hand von Berichten der Wirtschaftspresse vorzunehmen.

Selbst wenn der Aktionär die persönlichen Voraussetzungen für eine sorgfältige Angemessenheitsanalyse hat, so fehlen jedoch gerade die Daten, die für die

1) Vergl. Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 113.

Bewertung der Aktie von Bedeutung sind: Angaben über Patente, Neuentwicklungen, Marktplanung, technisches Know how etc.

Der Börsenkurs wird Ansatzpunkt der Überlegungen für den außenstehenden Aktionär sein. Er wird den Börsenkurs, zu dem er seine Aktien erworben hat, mit der Entwicklung des Börsenkurses bis zum Abschluß des Beherrschungsvertrages vergleichen. Bedeutet die Entgegennahme der Abfindung einen erheblichen Gewinn im Vergleich zu seinem Einstandspreis, so dürfte er geneigt sein, die Abfindung entgegenzunehmen. Sollte dieser Vergleich jedoch zu einem negativen Ergebnis führen, so wird er erwägen, eine genaue Angemessenheitsprüfung vorzunehmen.

Selbst wenn er bereit ist, für diese Angemessenheitsprüfung eigene Kosten aufzuwenden, wird er nicht in der Lage sein, in diejenigen Unterlagen Einblick zu nehmen, die für eine Prüfung notwendig sind. Hier ist er gegenüber dem Großaktionär, der über seine Informationen als Aufsichtsratsmitglied einen Wissensvorsprung hat, in einem entscheidenden Nachteil. Er hat kein durchsetzbares Recht, den Informationsstand des Großaktionärs zu erreichen, der gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied ist.¹ Zwar gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz im Aktienrecht, keinem Aktionär einen Informationsvorteil zu verschaffen, der einem anderen verweigert wird (§ 131 Abs. 5 AktG); ist jedoch ein Aktionär gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied, so haben die übrigen Aktionäre keinen Anspruch auf Informationsausgleich. Es dürfte in der Praxis kaum nachzuweisen sein, ob einem

1) Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, § 131 Anm. 17.

Aktionär, der zugleich Aufsichtsratsmitglied ist, vom Vorstand eine Information auf Grund seiner Aktionärseigenschaft oder auf Grund seines Amtes als Aufsichtsratsmitglied gegeben wurde. Nur im ersteren Falle müßte der Vorstand ein entsprechendes Auskunftsverlangen in der Hauptversammlung beantworten.

c) Kapitalverzinsung

Der Beweggrund des Aktionärs zum Erwerb von Aktien ist vielfältig. Überwiegendes Motiv dürfte die Erwartung einer angemessenen Kapitalverzinsung sein. Kursgewinne sind in die Renditeberechnungen mit einzubeziehen, so daß die Unterscheidung zwischen sogenannten "Spekulationsaktionären" und "Anlageaktionären" verfehlt ist.¹ Sowohl der Großaktionär wie auch der Kleinaktionär setzt deshalb sein Kapital ein, weil er eine angemessene Rendite erwartet. Die Renditeüberlegung des außenstehenden Aktionärs wird ihren Ausgangspunkt bei der Ausgleichszahlung haben. Bezogen auf den Kaufpreis läßt sich die Kapitalrendite während der Laufzeit des Unternehmensvertrages leicht berechnen. Einziger Unsicherheitsfaktor ist die mögliche Höherfestsetzung durch die Spruchstelle. Das Ergebnis ist seine künftige Kapitalverzinsung. Diese wird er mit seiner bisherigen Rendite unter Berücksichtigung der Abfindung vergleichen. Die Abfindungshöhe steht jedoch noch nicht genau fest. Unbekannt ist, ob ein Spruch-

1) So aber Niemann, Ansprüche der Minderheitsaktionäre, S. 34.

verfahren angestrengt wird, wie es endet, wie lange es dauert und ob das erkennende Gericht trotz fehlender Verzinsungspflicht einen Zinsverlust bei der Festsetzung der angemessenen Abfindung berücksichtigt. Dieses Risiko ist bei der Entscheidung für Ausgleich oder Abfindung in die Überlegungen mitaufzunehmen.

d) Kosten

Der außenstehende Aktionär, der sich für die Abfindung entscheidet, ohne sich am Spruchstellenverfahren als Antragsteller zu beteiligen, trägt kein Kostenrisiko.

Obwohl grundsätzlich die Ober- und die Untergesellschaft die Verfahrenskosten zu tragen haben, können dem Antragsteller unter Umständen dennoch eigene Kosten entstehen. Zur Vermeidung einer mißbräuchlichen Anrufung der Spruchstelle können dem antragstellenden außenstehenden Aktionär gemäß § 306 Abs. 7 S. 9 AktG aus Billigkeitsgesichtspunkten die Kosten ganz oder zum Teil auferlegt werden. Diese Kostenverteilung dürfte jedoch nur dann der Billigkeit entsprechen, wenn der Antrag offensichtlich rechtsmißbräuchlich gestellt wurde. Es entspricht dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers, die Kostenlast des Spruchstellenverfahrens den Parteien des Unternehmensvertrages aufzuerlegen, wenn auch nur Zweifel an der Angemessenheit der Abfindung möglich sind. Selbst wenn der antragstellende außenstehende Aktionär nur über eine Aktie verfügt und das Spruchstel-

lenverfahren siebenstellige Kosten verursachen würde, ist ein solcher Antrag nicht mißbräuchlich. Durch die noch später zu untersuchende inter-omnes Wirkung der gerichtlichen Entscheidung muß immer berücksichtigt werden, daß der Aktionär zugleich auch im Interesse der übrigen außenstehenden Aktionäre handelt.¹

Beabsichtigt der antragstellende Aktionär, das Gericht von seinen Vorstellungen über die Angemessenheit zu überzeugen, wird er sich in der Regel anwaltschaftlich vertreten lassen. Diese Anwaltskosten können gemäß § 306 Abs. 7 AktG auch dem Konzern auferlegt werden. Das Risiko der Kostenlast trägt jedoch der Aktionär. Die wirtschaftliche Ausgangslage vor Einleitung des Spruchstellenverfahrens zeigt die Obergesellschaft im Vergleich zum außenstehenden Aktionär in einer dominierenden Position. Durch ihre Stellung als Großaktionär, in der Regel verbunden mit den entsprechenden Aufsichtsratsmandaten, hat sie einen entscheidenden Informationsvorsprung und verfügt über die personellen und finanziellen Möglichkeiten, den wahren Unternehmenswert der abhängigen Gesellschaft festzustellen. Diese Voraussetzungen fehlen dem außenstehenden Aktionär. Das Spruchstellenverfahren im Aktiengesetz 1965 berücksichtigt dieses Kräfteverhältnis und die unterschiedliche wirtschaftliche Ausgangslage in der Ausgestaltung des Verfahrens. Das Spruchstellenverfahren wurde dem

1) Im amerikanischen Rechtskreis sind solche Verfahren als sog. "class actions" oder "derivative suits" ständige Rechtspraxis; siehe hierzu Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 233 ff.

Umwandlungsrecht entlehnt und hat in seiner Zielsetzung während der historischen Entwicklung verschiedene Änderungen erfahren.

B. Historische Entwicklung

Die historische Entwicklung zeigt den Wandel im Schutzzweck des Spruchstellenverfahrens. Das erleichtert das Verständnis für die besondere Zielsetzung der jetzigen Regelung. Daher soll kurz auf die geschichtlichen Grundlagen eingegangen werden.

I. Spruchstellenverfahren im UmwG 34

Die Einrichtung einer sogenannten Spruchstelle, die über die Höhe der angemessenen Abfindung entscheidet, geht auf §§ 9 ff. der 3. DVO zum UmwG zurück.¹ Darin heißt es:

"§ 9: Wird eine AG, KGaA oder eine bergrechtliche Gewerkschaft durch Mehrheitsbeschluß umgewandelt, so kann die den ausscheidenden Aktionären (Gewerken) nach §§ 6 bis 8 zu gewährende Abfindung nach den folgenden Vorschriften in einem Spruchverfahren festgestellt werden.

§ 10: Spruchstelle des ersten Rechtszuges ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft (Gewerkschaft) ihren Sitz hatte. Ist bei diesem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so tritt sie an die Stelle der Zivilkammer. Spruchstelle des zweiten Rechtszuges ist das Oberlandesgericht.

§ 11: Auf das Verfahren der Spruchstelle findet das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung, soweit die folgenden Vorschriften nichts anderes bestimmen.

§ 12: Der Antrag auf Feststellung der Abfindung kann

1) 3. DVO zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 2.12.1936. Das Spruchverfahren in der 3. DVO UmwG 34 lehnt sich an die 4. DVO z. GoldbilanzVO v. 28.8.24 an. Vergl. auch E. Geßler, Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1975, 289.

nur gestellt werden, wenn der Umwandlungsbeschluß nach dem 31.12.1936 gefaßt worden ist. Der Antrag kann erst nach Eintragung in das Handelsregister und nur bis zum Ablauf von sechs Monaten nach dieser Eintragung gestellt werden. Zur Antragstellung berechtigt ist nur die Personengesellschaft oder der Hauptgesellschafter (Hauptgewerke), auf die das Vermögen der Kapitalgesellschaft übertragen worden ist."

Zweck der Einführung dieses Spruchverfahrens war die Feststellung der Abfindungssumme in einem einheitlichen Verfahren. Die Verfahrensvorschriften des FGG sollten das Gericht ermächtigen, die Höhe der Abfindung von Amts wegen festzusetzen;¹ gleichzeitig wurde der Hauptgesellschafter vor einer Unzahl von Einzelklagen geschützt.²

Trotz Einleitung eines Spruchstellenverfahrens konnten die Minderheitsaktionäre eine Leistungsklage erheben. Dies folgt daraus, daß die Einführung der Spruchstelle allein im Interesse des Abfindungsverpflichteten erfolgte.³ Er allein war zur Einleitung des Spruchverfahrens und für den Antrag auf Bestellung eines gemeinsamen Vertreters für die ausscheidenden Aktionäre antragsberechtigt (§ 12 S. 3 UmwG 34).⁴ Waren somit die ausscheidenden Aktionäre für das Spruchverfahren nicht aktiv-legitimiert, so muß-

1) Crisolli/Groschuff/Kaemmel, UmwG, § 10 Anm. 9a. Buvert, Problem der Abfindung, Der Wirtschafts-Treuhänder 1938, 145; Franta, Umwandlungsgesetz, DB 1956, 1198, 1202; Geßler, Umwandlung, BB 1956, 1175, 1179; Rieger, Umwandlung, JW 1938, 3016 ff.

2) Vergl. E. Geßler, Gemeinsamer Vertreter, BB 1975, 289.

3) Crisolli/Groschuff/Kaemmel, UmwG, § 10, Anm. 9a.

4) Crisolli/Groschuff/Kaemmel, UmwG, § 10, Anm. 9a.

te ihnen zur Verfolgung ihres Abfindungsanspruchs der ordentliche Rechtsweg offenstehen. Die Leistungsklage des ausscheidenden Aktionärs, der dem Umwandlungsbeschluß nicht zugestimmt hatte und demnach einen Anspruch auf angemessene Abfindung geltend machte, konnte aber auf Verlangen des Abfindungsverpflichteten ausgesetzt werden, wenn dieser den Antrag zur Einleitung eines Spruchverfahrens gestellt hatte (§ 19 der 3. DVO zum UmwG 34). Wurde keine Aussetzung der Leistungsklage beantragt, so hatte sich diese nach Rechtskraft der Spruchstellenentscheidung erledigt, da diese für und gegen alle ausscheidenden Aktionäre wirkte (§§ 15 Abs. 1, 17 Abs. 3, der 3. DVO zum UmwG 34).

Die Feststellung der angemessenen Abfindung durch die Spruchstelle des Landgerichts wurde nicht als eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrachtet, da daneben noch die Möglichkeit gegeben war, die Abfindungssumme in einem ordentlichen Verfahren feststellen zu lassen. Durch den Hinweis in § 11 der 3. DVO zum UmwG 34 sollten lediglich die Verfahrensvorschriften des FGG (wie der Untersuchungsgrundsatz) Anwendung finden.¹

II. Spruchverfahren im UmwG 56

Das UmwG 56 hatte zur Feststellung der angemessenen Abfindung ausscheidender Aktionäre im wesentlichen die Vorschriften der 3. DVO zum UmwG 34 übernommen.

1) Crisolli/Groschuff/Kaemmel, UmwG, § 10, Anm. 9a.

Wiederum diene das Spruchverfahren dazu, den Abfindungsanspruch der ausscheidenden Aktionäre im Interesse des Abfindungsverpflichteten in einem einheitlichen Verfahren feststellen zu lassen.¹

Im Unterschied zur 3. DVO zum UmwG 34 wurde in § 32 Abs. 2 UmwG 56 das Antragsrecht zur Einleitung des Spruchverfahrens neben dem Abfindungsverpflichteten auch den ausscheidenden Aktionären gewährt, die über 20% des Nennkapitals verfügten. Weiterhin wurde zur Erreichung einer möglichst raschen und endgültigen Entscheidung das OLG als einzige Instanz bestimmt (§ 30 UmwG 56).² Da zwar gemäß § 31 UmwG 56 die Spruchstelle das Verfahren des FGG anzuwenden hatte, gleichzeitig aber wieder die Verfolgung des Abfindungsanspruchs im ordentlichen Rechtsweg nicht ausgeschlossen war (§ 37 UmwG 56), wurde die Feststellung der Abfindung im Spruchstellenverfahren nicht als eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen.³

III. Spruchverfahren im AktG 65

Das Spruchstellenverfahren des geltenden Konzernrechts ist in § 306 AktG geregelt. Es dient der Fest-

1) Vergl. Böttcher-Meilicke, Umwandlung, Vorbem. 2 zu § 30.

2) Vergl. Böttcher-Meilicke, Umwandlung, § 30 Anm. 1.

3) Vergl. Böttcher-Meilicke, Umwandlung, § 31 Anm. 1.

stellung der angemessenen Ausgleichszahlung (§ 304 AktG) und der angemessenen Abfindung (§ 305, § 320 AktG). Entsprechend § 10 Abs. 1, S. 2 der 3. DVO zum UmwG 34 wurde in §§ 306 Abs. 1, S. 2, 132 Abs. 1 S. 2 AktG - in Abweichung von § 30 UmwG 56 - das Landgericht und dort die Kammer für Handelssachen für zuständig erklärt. Einige Parallelen von § 306 AktG und der 3. DVO UmwG 34 sind unverkennbar (Zuständigkeit, Instanzen, Antragsbefristung, Terminologie). Im Unterschied zum Spruchstellenverfahren im früheren Umwandlungsrecht ist nunmehr die Spruchstelle des Landgerichts gemäß § 306, § 99 AktG für die Feststellung der angemessenen Abfindung allein zuständig. Eine Leistungsklage gegen das abfindungsverpflichtete herrschende Unternehmen ist unzulässig.¹ Durch ausschließliche Anwendung der Verfahrensregeln des FGG ist dieses Verfahren zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kraft gesetzlicher Zuweisung geworden.²

Das alleinige Antragsrecht der außenstehenden Aktionäre zur Einleitung des Spruchverfahrens³ läßt erkennen, daß dieses Verfahren im Gegensatz zu den Regelungen im UmwG 34 und UmwG 56 allein den Interessen der außenstehenden Aktionäre dienen soll.⁴ Den

1) Vergl. Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm. z. AktG, § 304 Anm. 36.

2) Baumbach-Hueck, AktG, § 306 Anm. 1; Keidel-Winkler, § 1 Anm. 55; Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 151; Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 22.

3) Daß im Gegensatz zum RefE AktG im AktG 65 nicht mehr von der Entscheidung der "Spruchstelle" die Rede ist, sondern nur vom "Landgericht", hat offenbar nur sprachliche Gründe.

4) Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, § 304 Anm. 13.

außenstehenden Aktionären ist zwar die Möglichkeit genommen, den dem Unternehmensvertrag zustimmenden Hauptversammlungsbeschluß mit der Begründung der Unangemessenheit der Abfindung anzufechten (§ 305 Abs. 5, S. 1 AktG), dafür werden ihre Rechte von der Spruchstelle gewahrt. Da die Entscheidung der Spruchstelle Bestandteil des Unternehmensvertrages wird,¹ und als solche Wirkung für und gegen alle hat (§§ 306, Abs. 1, 99 Abs. 5 AktG), ist für diejenigen außenstehenden Aktionäre, die weder Antragsteller nach § 305 Abs. 5 AktG sind, noch eigene Anträge nach § 306 Abs. 3 AktG gestellt haben, ein gemeinsamer Vertreter zu bestellen.

1) E. Geßler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 70;
J. Geßler, AktG, § 305 Anm. 6.

C. Verfahrensvoraussetzungen

I. Zuständigkeit

Für die Entscheidung über die Angemessenheit der Abfindung ist das Landgericht am Sitz der beherrschten Gesellschaft sachlich und örtlich zuständig (§ 306 Abs. 1 AktG). Eine Gerichtsstandvereinbarung ist unzulässig, da das FGG keine dem § 38 ZPO entsprechende Vorschrift enthält und eine solche Vereinbarung dem Schutzzweck des § 306 AktG widersprechen würde.¹

II. Antragsberechtigung

Das Spruchstellenverfahren wird durch den Antrag eines "außenstehenden Aktionärs" eingeleitet (§ 305 Abs. 5 Satz 2 AktG).

Der Begriff des außenstehenden Aktionärs ist im AktG nicht definiert. Da von der Zuordnung als "außenstehender Aktionär" die Antragsberechtigung abhängt, muß nachfolgend auf diesen Begriff näher eingegangen werden.

Der Gesetzgeber hat bewußt auf eine gesetzliche Bestimmung verzichtet, um eine kasuistische Regelung zu vermeiden. In der Begründung zum Regierungsentwurf des Aktiengesetzes wird darauf hingewiesen, daß grundsätzlich alle Aktionäre der beherrschten Gesellschaft "außenstehende Aktionäre" sind, mit Ausnahme des "anderen Vertragsteils und denjenigen Aktionären, die mit dem anderen Vertragsteil eine Einheit bilden." Weiterhin sind nicht "außenstehende Aktionäre" diejenigen, die mit dem anderen Vertragsteil unmittelbar oder mit-

1) So auch Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 72.

telbar durch den Besitz aller Anteile oder durch einen Gewinnabführungs- bzw. Beherrschungsvertrag verbunden sind.¹ Der konzernrechtliche Minderheitenbegriff "außenstehender Aktionär" ist nicht identisch mit dem allgemein aktienrechtlichen Begriff der Kapitalminderheit, sondern er kennzeichnet das Verhältnis zur Unternehmensverbindung. Dem "außenstehenden Aktionär" steht nicht die Kapitalmehrheit, sondern der "Innenstehende" gegenüber. "Innenstehender" ist derjenige, dem die Vorteile der Unternehmensbindung direkt oder indirekt zufließen.

Die Ebene des "außenstehenden Aktionärs" liegt daher nicht quantitativ im Verhältnis der Kapitalminderheit zur Kapitalmehrheit, sondern losgelöst vom Verhältnis der Aktionäre untereinander, qualitativ im Verhältnis des Aktionärs zur Unternehmensverbindung.

Der Begriff des "außenstehenden Aktionärs" war anfänglich in der Literatur umstritten. Heute besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, daß "außenstehender Aktionär" derjenige ist, dessen Anspruch auf den Bilanzgewinn durch den Unternehmensvertrag beeinträchtigt werden kann und der nicht dem Konzern zuzurechnen ist.² Bei

1) Begr. RegE z. AktG abgedruckt bei Kropff, AktG, zu § 295 S. 385.

2) Siehe hierzu E. Geßler, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 14; Baumbach-Hueck, AktG, § 295 Anm. 5; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 295 Anm. 4; Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 295 Anm. 12 ff.; E. Geßler, Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965, 1691 ff.; Möhrung-Tank, Handbuch der AG, I RZ 751; Ebenroth, Auskunftsgegenstand, AG 1970, 107; Niemann, Ansprüche der Minderheitsaktionäre, S. 107; Brauksiepe, Außenstehender Aktionär, BB 1966, 145; Bachelin, Minderheitenschutz, S. 23; Petzel, Minderheitsaktionäre, S. 24 ff.; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 107 ff.; Stehle, Abhängigkeitsbericht, AG 1966, 233, 236; Boetius, Großaktionäre als außenstehende Aktionäre, DB 1972, 1220.

der Prüfung, ob ein Aktionär zum Kreis der "Außenstehenden" gehört, ist auf den Schutzzweck der §§ 304 ff. AktG abzustellen. Sollte ein Aktionär wesentlichen Einfluß auf Abschluß und Gestaltung des Unternehmensvertrages haben, so bedarf er nicht des Schutzes der §§ 304 ff. AktG. Wie weit dieser Einfluß gehen muß, um ihn zum "Innenstehenden" zu machen, ist im einzelnen problematisch. Dies zeigen folgende Fälle:

- Ein Aktionär ist zu 25 % an der beherrschten AG beteiligt. Wirksamkeitserfordernis für den Unternehmensvertrag ist ein zustimmender Hauptversammlungsbeschluß der beherrschten AG. Dieser Beschluß bedarf einer Mehrheit von mindestens Dreiviertel des vertretenen Kapitals (§ 293 Abs. 1 AktG). Gegen das Votum dieses Aktionärs kann damit der Vertrag nicht wirksam werden. Dieser Einfluß kann sich auf Abschluß und Inhalt des Unternehmensvertrages erstrecken. Ist der Aktionär trotzdem "Außenstehender" und steht ihm noch ein Antragsrecht und ein Abfindungsanspruch zu? Die Frage ist zu bejahen. Trotz seiner Sperrminorität bildet er mit dem Konzern keine wirtschaftliche Einheit. Er hat zwar eine Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertrag, jedoch steht ihm die Obergesellschaft mit i.d.R. einer absoluten Mehrheit gegenüber. Diese Mehrheit bildet ein Übergewicht, so daß man die Einwirkungsmöglichkeit der Sperrminorität nicht überbewerten soll. Sie rechtfertigt nicht, dem Aktionär den Schutz des Gerichtes zu versagen.¹

1) Siehe hierzu E. Geßler, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 14; Boetius, Großaktionäre als außenstehende Aktionäre, DB 1972, 1220.

- Beide Parteien des Unternehmensvertrages sind Aktiengesellschaften. Einem Aktionär gehören z.B. 5 % der Aktien der beherrschten Gesellschaft, und gleichzeitig hält er direkt auch 25 % der Aktien von der Obergesellschaft. Der Unternehmensvertrag erfordert auch ein zustimmendes Votum der Hauptversammlung der Obergesellschaft, für das auch mindestens eine Dreiviertel Mehrheit notwendig ist (§ 293 Abs. II AktG). In diesem Fall kann der Aktionär durch seine Sperrminorität auf Abschluß und Inhalt des Unternehmensvertrages Einfluß nehmen. Bei der Abgrenzung, ob die Sperrminorität ihn aus dem Kreis der außenstehenden Aktionäre ausschließt, ist auf die tatsächliche Machtlage abzustellen: Sind die übrigen Aktien an der Obergesellschaft in Streubesitz, so wird man diesen Aktionär wegen seines dominierenden Einflusses dem Konzern zurechnen müssen. Steht ihm jedoch ein Kapitalblock von über 50 % gegenüber, so ist er dennoch "außenstehender Aktionär". Erst wenn seine Kapitalbeteiligung 50 % an der Obergesellschaft beträgt, ist er in jedem Fall nicht mehr dem Kreis der "außenstehenden Aktionäre" bei der beherrschten Gesellschaft zuzurechnen.¹

Die Antragsberechtigung ist nicht von der Art der Stimmausübung bei Beschlußfassung über den Beherrschungsvertrag abhängig.² Die Antragsberechtigung

1) Vergl. E. Geßler, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 17, 18.

2) Siehe hierzu Baumbach-Hueck, AktG, § 304 Anm. 13; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 72; Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 3 ff.; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 10.

zur Einleitung des Spruchstellenverfahrens setzt im Unterschied zu den Verfahrensvoraussetzungen des UmwG 34 und UmwG 56 nicht die Erklärung des Widerspruchs zu Protokoll der Hauptversammlung voraus. Es ist daher kein widersprüchliches Verhalten, bei der Beschlußfassung über den Unternehmensvertrag diesem zuzustimmen und dann ein Spruchstellenverfahren einzuleiten. Dies folgt daraus, daß das Spruchstellenverfahren nicht den Unternehmensvertrag beseitigen soll, sondern unter Aufrechterhaltung des Vertrages ihn der Abfindungshöhe nach überprüft.¹ Der andere Vertragsteil ist bei der Abstimmung über den Vertrag nicht ausgeschlossen. Im Regelfall kommt der Zustimmungsbeschluß gerade mit seinen Stimmen erst zustande, so daß die Entscheidung über den Vertrag ohnehin nicht vom Votum des außenstehenden Aktionärs abhängt. Für eine "Kollektivvereinbarung" in der Hauptversammlung zwischen Großaktionär und außenstehendem Aktionär ist aus diesen Gründen kein Raum.²

Für die Frage der Antragsberechtigung ist der Zeitpunkt der Aktionärseigenschaft erheblich.³ Nach der Formulierung des Gesetzes (§§ 304 Abs. 4, 305 Abs. 5 AktG) ist "jeder" außenstehende Aktionär antragsberechtigt. Obwohl der Wortlaut des Gesetzes dafür spricht, jedem außenstehenden Aktionär unabhängig

-
- 1) Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, § 304 Anm. 13; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 10.
 - 2) Vergl. Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, das Wertpapier 1969, 3 ff.
Unter "Kollektivvereinbarung" versteht Kropff den zustimmenden Hauptversammlungsbeschluß.
 - 3) Siehe hierzu Meilicke/Hohlfeld, Untergang der Antragsbefugnis, BB 1972, 1249.

vom Zeitpunkt des Erwerbs seiner Aktien ein Antragsrecht zuzubilligen, muß der Schutzzweck der §§ 304 ff. AktG zu einer restriktiven Auslegung führen. Sinn des Spruchstellenverfahrens ist, demjenigen eine Überprüfung des Vermögensausgleiches zu ermöglichen, in dessen Vermögensposition durch den Unternehmensvertrag eingegriffen wird. Dieser Schutzgedanke trifft aber nicht auf den zu, der nach der zustimmenden Hauptversammlung eine Aktie erwirbt. Ferner ist das Spruchstellenverfahren mit einer konstruktiven Teilanfechtung des Unternehmensvertrages zu vergleichen, so daß die allgemeinen Grundsätze einer Anfechtungsklage gemäß §§ 243 ff. AktG Anwendung finden.¹ Die Antragsberechtigung kann daher nicht demjenigen zugebilligt werden, der nach Beschlußfassung der Hauptversammlung, aber vor Eintragung des Unternehmensvertrages im Handelsregister "außenstehender Aktionär" wurde. Er ist nicht schutzwürdig. Festzuhalten bleibt somit, daß antragsberechtigt nur derjenige außenstehende Aktionär ist, der die Inhaberschaft mindestens einer Aktie seit dem Tage der Hauptversammlung nachweisen kann und bis zur Beendigung des Spruchstellenverfahrens Inhaber

-
- 1) So auch Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 305 Anm. 19; KG Berlin Beschl. v. 15.12.1970 in WM 1971, 765 mit Hinweisen auf RGZ 66, 135; BGHZ 43, 261 (266).
 - 2) So OLG Frankfurt Beschl. v. 16.9.1971 in NJW 72, 641 ff. mit zustimmender Anmerkung von Rutkowski; Schneider, Antragsberechtigung des außenstehenden Aktionärs, NJW 71, 1109 ff.

bleibt.¹

III. Antragsfrist

Die Antragsfrist beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit dem Tage, an dem der Unternehmensvertrag durch Eintragung ins Handelsregister als bekanntgemacht gilt (§ 304 Abs. 4, § 305 Abs. 5 AktG, § 10 HGB). Das angerufene Gericht hat gemäß § 306 Abs. 3 AktG den Antrag zur Einleitung des Spruchstellenverfahrens in den Gesellschaftsblättern (regelmäßig im Bundesanzeiger) bekanntzumachen. Vom Tage dieser Bekanntmachung an läuft eine weitere Zweimonatsfrist, in der außenstehende Aktionäre ergänzende Anträge stellen können.

IV. Form und Inhalt des Antrags

Für den Antrag ist keine besondere Form vorgesehen. Er kann schriftlich, zu Protokoll der Geschäftsstelle oder im Termin zu Protokoll gestellt werden.² Nur für

1) So auch KG Berlin Beschl. v. 15.12.1970 in WM 1971, 764 ff.; Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 585; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 99 Anm. II 1; Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 305 Anm. 19; a.A. E. Geßler, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 132 ff.; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 73.

2) V. Falkenhausen, Freiwillige Gerichtsbarkeit im AktG, AG 1967, 314.

die Beschwerde gilt, daß diese in Form einer von einem Rechtsanwalt einzureichenden Beschwerdeschrift zu erheben ist.¹ Der Inhalt des Antrages muß erkennen lassen, daß eine vom Abfindungsangebot abweichende Entscheidung gewünscht wird. Da jedem außenstehenden Aktionär das Recht zur Antragstellung zusteht, sind auch verschiedene Anträge mit unterschiedlichen Begründungen zugelassen.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers ist auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amts wegen zu prüfen.³ Für den Antrag zur Einleitung des Spruchstellenverfahrens besteht im Regelfall ein Rechtsschutzbedürfnis, da das Gesetz eine gerichtliche Angemessenheitsprüfung der Abfindung nur durch dieses Verfahren zuläßt.⁴

-
- 1) Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, § 306 Anm. 10.
 - 2) Vergl. Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 74; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 138.
 - 3) Siehe hierzu Keidel-Winkler, Komm. z. FGG, § 12 Anm. 16; Pohle in Festschrift für Lent 1957, S. 195 ff.; Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 26 ff.
 - 4) So auch Geßler in Komm. z. AktG, § 304 Anm. 137; siehe dazu v. Falkenhausen, Freiwillige Gerichtsbarkeit im AktG, AG 1967, 314.

Die Einleitung des Verfahrens durch den einzigen noch verbliebenen außenstehenden Aktionär ist auch nicht rechtsmißbräuchlich. Trotz im Einzelfall unverhältnismäßig hoher Kosten im Vergleich zum möglichen Anspruch des Aktionärs muß immer berücksichtigt werden, daß ihm kein anderes Verfahren zur Verfügung steht und die Entscheidung außerdem Auswirkungen auf bereits abgefundene Aktionäre haben kann.¹

D. Verfahrensgrundsätze

Das Spruchstellenverfahren ist vom Gesetzgeber der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen worden (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 1 AktG) und gehört dort zu den sogenannten "echten Streitverfahren".²

Diese Zuweisung in die freiwillige Gerichtsbarkeit ist nicht zufällig. Entscheidend für den Gesetzgeber war die Elastizität des Verfahrens und die dort betonte Aufgabe des Richters, eine "fürsorgerische Tätigkeit" zum Schutze der betroffenen Aktionärsminderheit zu entfalten. Der Gesetzgeber sah, daß er mit der Zulassung des Vertragskonzerns einen Eingriff in die Vermögensrechte der Minderheit sanktionierte. Hieraus leitete er eine Verpflichtung ab, die betroffenen Aktionäre vor einer ungerechtfertigten Vermögensein-

1) Siehe hierzu KG Berlin, Beschluß vom 15.12.1970, WM 1971, 764, 767.

2) Bärmann, FGG, § 4 II 1a, S. 23; Saage, Aktienrechtsreform, DNotZ 1960, 575, 592; zum "echten Streitverfahren" im FGG siehe: Bärmann, Echtes Streitverfahren, AcP 154, 373 f.; Peters, Echtes Streitverfahren, MDR 1952, 137 f.

buße zu bewahren. Aus den Verfahrensgrundsätzen ist diese Zielsetzung zu erkennen.

I. Untersuchungsgrundsatz

Gemäß § 12 FGG hat das Gericht "von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen". Dieser Untersuchungsgrundsatz gebietet also, den Sachverhalt soweit aufzuklären, bis sich das Gericht völlige Klarheit von dem zu beurteilenden Tatbestand gemacht hat. Unzureichende Ermittlungen sind eine Gesetzesverletzung und begründen die Beschwerde.¹

Der Untersuchungsgrundsatz ist ein wesentlicher Schutz des außenstehenden Aktionärs, da dem Richter die Aufgabe zufällt, von sich aus die Sachaufklärung zu betreiben. Das Gericht holt in der Regel Sachverständigengutachten zur Ermittlung des Unternehmenswertes und der angemessenen Abfindung ein, kann Zeugen vernehmen, Dokumente sich vorlegen lassen etc., ohne an entsprechende Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein.² Das Spruchstellenverfahren ist als ein Überprüfungsverfahren konzipiert, so daß das angerufene Gericht eigene Ermittlungen anstellen muß. Es darf nicht lediglich die von den Parteien des Unternehmensvertrages angebotenen Gutachten seiner

1) Keidel-Winkler, FGG, § 12 Anm. 57.

2) Bärmann, FGG, § 15 III 2a, S. 105 f.; v. Falkenhausen, Freiwillige Gerichtsbarkeit im AktG, AG 1967, 316; Habscheid, Grundfragen, Der Deutsche Rechtspfleger 1957, 164, 170; Haueisen, Untersuchungsgrundsatz, NJW 1966, 764, 765; Kruse, Das Wesen der FGG, S. 69 ff.; Münzel, FGG, ZZP, Bd. 66, 334, 368.

Entscheidung zugrunde legen.¹ Diese Gutachten sind oft von den Parteien des Vertrages in Auftrag gegeben worden; ihre Interessen haben darin Berücksichtigung gefunden. Vor allem dann, wenn als Sachverständiger der Wirtschaftsprüfer der Vertragsparteien auftritt, kann das Gericht dieses Gutachten nicht ohne weiteres seiner Entscheidung zugrunde legen.² Bei eigenen Fachkenntnissen muß das Gericht das Gutachten selbst kritisch würdigen, und im allgemeinen wird es von sich aus ein weiteres Sachverständigen-gutachten einholen. Bei sich widersprechenden Gutachten kann das Gericht ein Obergutachten einholen. Die Gutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung,³ und das Gericht trifft seine Entscheidung im Rahmen eines gewissen Beurteilungsspielraumes analog zu § 287 Abs. 2 ZPO.⁴

Der Sachaufklärungspflicht des Gerichtes sind jedoch gewisse Grenzen gesetzt. Einmal braucht der Richter nur die ihm "erforderlich" und "geeignet" erscheinenden Ermittlungen anzustellen, zum anderen besteht bei den echten Streitsachen neben dem Untersuchungsgrundsatz eine prozessuale Förderungspflicht der Beteiligten.⁵ Diese haben gemeinsam mit dem Gericht an der Sachaufklärung mitzuwirken und unterliegen hierbei der Wahrheitspflicht.⁶ Der antragstel-

1) Bärmann, FGG, § 17 II S. 122.

2) KG Berlin, Beschluß v. 15.12.1970, WM 1971, 764, 768.

3) Siehe hierzu Jansen, FGG, § 12 Anm. 81.

4) Saage, Aktienrechtsreform, DNotZ 1960, 575, 589.

5) Bärmann, FGG, § 15 III 2a S. 105 f.; v. Falkenhausen, Freiwillige Gerichtsbarkeit im AktG, AG 1967, 316.

6) Bärmann, FGG, § 17 II S. 122.

lende Aktionär genügt dieser Förderungspflicht, indem er dem Gericht Anhaltspunkte für die Ermittlungstätigkeit gibt. Er wird den ihm bekannten Sachverhalt vortragen und die bekannten Beweismittel benennen. Eine Darlegungspflicht trifft ihn jedoch nicht.¹ Bedeutsamer ist diese Förderungspflicht für die Parteien des Unternehmensvertrages. Sie kommen dieser Pflicht oft nur zögernd nach und stellen gelegentlich auch einem Sachverständigen nur unvollständige Unterlagen zur Verfügung. Sollten Anhaltspunkte für ein solches Vorgehen bestehen, kann das Gericht entsprechende Zeugen vernehmen und gegebenenfalls die Vorstandsmitglieder der beteiligten Aktiengesellschaft eidlich vernehmen.²

Vor welchen Schwierigkeiten das Gericht in der Praxis bei der Feststellung der angemessenen Abfindung steht, sieht man am Fall der Knorr AG:

Die C.H. Knorr AG wurde 1959 in eine GmbH umgewandelt. Die Geschäftsanteile wurden von den Maizena Werken Hamburg gehalten, die sich wiederum zu 100 % im Besitz der amerikanischen Firma Corn Products befand. Den ausscheidenden Aktionären wurde eine Abfindung von DM 500,-- pro DM 100,-- nominal Aktie angeboten, obwohl fünf verschiedene Gutachten die angemessene Abfindung höher berechneten, deren höchster Wert DM 800,-- und der niedrigste DM 560,--

-
- 1) KG Berlin Beschluß v. 15.12.1970 WM 1971, 764, 766; zur Mitverantwortung der Verfahrensbeteiligten für die Sachaufklärung ausführlich Kollhosser, Verfahrensbeteiligte im FGG, S. 111 ff.
 - 2) Siehe zur Problematik der eidlichen Beteiligtenvernehmung: Habscheid, FGG § 21, II S. 127 f. m.w.N.

war.¹ Der Abfindungsfall erregte deshalb Aufsehen, weil die Maizena Werke als Abfindungsverpflichtete die Abfindung von DM 500,-- mit dem Bemerken begründete, der derzeitige Börsenkurs von 660 % sei überhöht. Gleichzeitig wurde bekannt, daß sie selbst für ein Paket der Knorr-Aktien DM 800,-- pro Aktie bezahlt hatte.²

Das Beispiel zeigt, zu welch unterschiedlichen Ergebnissen Sachverständigengutachten kommen können. Der Unternehmenswert und die Höhe der angemessenen Abfindung ist je nach Berechnungsmethode und Betrachtungsweise unterschiedlich. Den Wert eines Patentes oder einer noch nicht abgeschlossenen Entwicklung zu beurteilen ist selbst dann schwierig, wenn dem Sachverständigen alle Firmenunterlagen zur Verfügung stehen.

Das so gekennzeichnete Verfahren wird im besonderen Maße der Konstellation und der unterschiedlichen Ausgangslage der Beteiligten gerecht: Während dem antragstellenden Aktionär keine Unterlagen zur Verfügung stehen, sind alle relevanten Tatsachen den Parteien des Unternehmensvertrages bekannt. Dieses Ungleichgewicht wird durch den Untersuchungsgrundsatz überbrückt. Ohne den Untersuchungsgrundsatz wäre der außenstehende Aktionär vom Verhalten der Vertragsparteien abhängig.

1) FAZ v. 3.12.1960, S. 8.

2) FAZ v. 3.12.1960, S. 8.

II. Anspruch auf rechtliches Gehör

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der Anhörungspflicht der Verfahrensbeteiligten zur Aufklärung des Sachverhaltes und ihrer Anhörung zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs. Die erstere steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts und ergibt sich aus § 12 FGG. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein Verfassungsgrundsatz (Art. 103 Abs. 1 GG) und zählt zum unmittelbar geltenden Verfahrensrecht,¹ einschließlich des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit.²

Wegen des Geheimhaltungsinteresses des beherrschten Unternehmens bei bestimmten Firmenunterlagen ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs im einzelnen problematisch. Dem Grundsatz nach bedeutet die Gewährung des rechtlichen Gehörs die Verpflichtung des Gerichts, nur solche Tatsachen und Beweise der Entscheidung zu Grunde zu legen, zu denen sich die Beteiligten vorher

1) Vergl. Keidel-Winkler, FGG, § 12 Anm. 70a m.w.N.; Kollhosser, Verfahrensbeteiligte im FGG, S. 80 ff.; siehe auch Müller, Anhörung der Beteiligten, NJW 1953, 159; Röhl, Rechtliches Gehör, NJW 1964, 273; Säcker, Rechtliches Gehör, NJW 1970, 1666, 1667; V. Winterfeld, Rechtliches Gehör, NJW 1961, 849, 851.

2) Vergl. Keidel-Winkler, FGG, § 12 Anm. 70a; Hüchtig, Abfindung und Ausgleich, S. 77.

äußern konnten.¹ Den antragstellenden außenstehenden Aktionären ist jedoch nur dann eine Stellungnahme möglich, wenn ihnen volle Akteneinsicht gewährt wird und sie bei der Beweisaufnahme anwesend sein können. Das könnte jedoch dazu führen, daß Firmengeheimnisse offenbart würden, an deren Geheimhaltung die beherrschte Gesellschaft ein starkes Interesse hat (Projektplanung, Gewinnkalkulation, treuhänderisch gehaltene Beteiligungen etc.). Letztlich wäre auch dem außenstehenden Aktionär selbst mit deren Offenbarung nicht gedient. Einmal würde das beherrschte Unternehmen versuchen, diese Unterlagen zurückzuhalten, was zu einem verfälschten Wert führen könnte, zum anderen wäre die Schädigung des beherrschten Unternehmens durch Offenlegung von Firmengeheimnissen nicht im Interesse des außenstehenden Aktionärs. Gerade der Aktionär, der sich für die Ausgleichszahlung entscheidet, ist auch an einer künftigen Prosperität des Unternehmens interessiert.

Zur Lösung dieses Interessenkonfliktes gibt es zwei Mittelwege:

Denkbar ist zunächst, daß das Gericht die außenstehenden Aktionäre bei der Beweisaufnahme vorübergehend von der Teilnahme ausschließt und sie im Anschluß daran in allgemeiner Form über das Ergebnis unterrichtet. Das Gericht dürfte jedoch dann von diesen Tatsachen bei seiner Tatbestandswürdigung keinen Gebrauch machen.² Die geheimzuhaltenden Tatsachen sind aber oft gerade diejenigen, die für die Bewertung der Angemessenheit der Abfindung erheblich sind. Aus diesem Grunde kommt dieser Weg nicht in Betracht.

Besser ist es daher, die Grundsätze für die Einschränkung des rechtlichen Gehörs im Strafprozeß analog anzuwenden und für die von der Beweisaufnahme ausgeschlossenen Antragsteller einen zur Berufsverschwiegenheit

1) BVerfGE 6, 12/14; BVerfGE 9, 261/267; BVerfGE 13, 132/145; Keidel-Winkler, FGG, § 12 Anm. 72.

2) Siehe hierzu Keidel-Winkler, FGG, § 12 Anm. 72.

verpflichteten Vertreter zu bestellen. Gemäß § 247 StPO kann das Gericht anordnen, den Angeklagten während einer Vernehmung aus dem Sitzungssaal zu entfernen, wenn zu befürchten ist, daß der Zeuge in Gegenwart des Angeklagten nicht die Wahrheit sagt oder ein erheblicher Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist. Im Interesse der Wahrheitsfindung ist hier der Anspruch auf rechtliches Gehör eingeschränkt. Der zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Verteidiger ist bei der Vernehmung anwesend, und das Gericht unterrichtet anschließend den Angeklagten über den wesentlichen Inhalt der Aussage. Wie im Strafprozeß gilt auch im Spruchstellenverfahren die Untersuchungsmaxime, so daß das Aufklärungsinteresse im Vordergrund steht. Trotz allen Unterschieden in der Zielsetzung des Verfahrens kann daher der Rechtsgedanke des § 247 StPO hier Anwendung finden, zumal die Aufklärung letztlich im Interesse der Antragsteller erfolgt. Während der Beweisaufnahme wird der Anwalt der außenstehenden Aktionäre oder ein vom Gericht bestellter Sachverständiger, der zur Berufsverschwiegenheit verpflichtet ist, für die Minderheitsaktionäre anwesend sein und Akteneinsicht haben. Über den wesentlichen Inhalt der Beweisaufnahme wird das Gericht die Antragsteller unterrichten.¹

III. Gemeinsamer Vertreter

Das Landgericht hat für die nicht antragstellenden außenstehenden Aktionäre einen "gemeinsamen Vertreter" zu bestellen. Dieser hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§ 306 Abs. 4 AktG). Die Bestellung eines "gemeinsamen Vertreters" kann unterbleiben, wenn die Wahrung der Rechte dieser außenste-

1) Siehe DJT, Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, S. 88 RZ 557.

henden Aktionäre auf andere Weise sichergestellt ist (§ 306 Abs. 4 S. 4 AktG),

Die Einrichtung des "gemeinsamen Vertreters" ist kein Novum des AktG 65, sie geht auf § 13 Abs. 1 S. 1 3. DVO zum UmwG 34 zurück. Da zur Einleitung des Spruchverfahrens nur der Hauptgesellschafter antragsberechtigt war, mußte für die ausgeschiedenen Aktionäre ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden, der Antragsgegner im Spruchstellenverfahren war.¹ Die Einrichtung des "gemeinsamen Vertreters" wurde auch im UmwG 56 beibehalten. Hier wurde seine Position jedoch schon entscheidend geändert. Für die Einleitung des Spruchverfahrens waren jetzt neben dem Hauptgesellschafter auch die Minderheitsaktionäre antragsberechtigt. Der "gemeinsame Vertreter", dessen Bestellung zwingend notwendig war, vertrat neben den antragstellenden Aktionären die Rechte der Minderheit. Er vertrat die Gesamtheit der Minderheitsaktionäre, da die antragstellenden Aktionäre im Verfahren selbst nicht auftreten und keine Anträge stellen konnten.²

Das AktG 65 hat hier eine weitere Änderung gebracht. Der "gemeinsame Vertreter" ist notwendig, um das Verfassungsrecht auf rechtliches Gehör auch für diejenigen Aktionäre zu wahren, die nicht am Verfahren beteiligt sind. Die gerichtliche Entscheidung wirkt gemäß §§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 "für und gegen alle", d.h. auch für diejenigen außenstehenden Aktionäre,

1) Siehe hierzu E. Geßler, Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1975, 289/290.

2) Siehe E. Geßler, Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1975, 290.

die keinen Antrag gestellt haben und wegen Fristablaufs von der Stellung eines eigenen Antrags auch künftig ausgeschlossen sind. Sie haben kein Recht zur Anfechtung des Unternehmensvertrages und können ihr Recht auf angemessene Abfindung auch auf dem Zivilprozeßwege gegen die Obergesellschaft nicht erstreiten. Ohne die Einrichtung des "gemeinsamen Vertreters" wären damit §§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG wegen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

Der "gemeinsame Vertreter" ist gesetzlicher Vertreter der nicht am Verfahren beteiligten außenstehenden Aktionäre. Er kann somit eigene Anträge stellen, Ermittlungen anregen, hat Anspruch auf Teilnahme an der Beweisaufnahme und ist zu allen Anhörungsterminen zuzulassen. Seine Erklärungen binden die von ihm vertretenen Aktionäre. Im einzelnen sind die rechtlichen Befugnisse des "gemeinsamen Vertreters" umstritten, insbesondere ob die Beendigung des Verfahrens durch Antragsrücknahme von seiner Zustimmung abhängt.¹ Wäre der "gemeinsame Vertreter" "streitgenössischer Nebenintervenient"² entsprechend § 69 ZPO, so müßte er die Beendigung des Verfahrens durch Antragsrücknahme hinnehmen. Er bzw. die von ihm Vertretenen nicht aktiv-

1) Siehe hierzu E. Geßler, Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1975, 289; Kley-Lehmann, Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1973, 1096 ff.; H.u.W. Meilicke, Rechtsstellung der nichtantragstellenden Aktionäre, ZGR 1974, 253 ff.; W. Meilicke, Ende des Spruchstellenverfahren, DB 1972, 663; OLG Düsseldorf, DB 1972, 1820; BayObLG, WM 1973, 1030; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 306 Anm. 33 ff.

2) BayObLG, "Beschuß v. 16.5.1973, DB 1973, 1290, 1291.

legitimierten Aktionäre wären nicht "Partei". Er unterstützt ein fremdes Verfahren und ist an den Streitgegenstand gebunden. Anders wäre seine Verfahrensstellung, wenn er als "gesetzlich vorgeschriebener Streitgenosse" entsprechend § 62 ZPO anzusehen wäre. In diesem Fall sind die von ihm vertretenen Aktionäre "Partei", und ihre Verfahrensbeteiligung kann ihnen nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden.¹ Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Positionen ist somit die Parteistellung im Verfahren.

Daß die wegen Fristablaufs ausgeschlossenen Aktionäre über den "gemeinsamen Vertreter" dennoch am Verfahren teilnehmen, könnte für ihre Stellung als "Partei" des Verfahrens sprechen. Die gesetzliche Regelung im AktG spricht jedoch gegen eine solche Auslegung. Gemäß §§ 304 Abs. 4, 305 Abs. 5, 306, Abs. 3 AktG ist für die aktive Beteiligung am Spruchstellenverfahren eine Antragsfrist gesetzt. Sinn dieser Ausschußfrist ist es, im Interesse der Rechtssicherheit diejenigen Aktionäre endgültig aus dem Verfahren auszuschließen, die durch Verstreichenlassen der Antragsfrist ihr Desinteresse an einer aktiven Teilnahme bekundet haben.² Da die Entscheidung der Spruchstelle jedoch materielle Auswirkungen auch für die vom Verfahren ausgeschlossenen Aktionäre hat (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG), wahrt der "gemeinsame Vertreter" ihre Vermögensinteressen. Es würde

1) So E. Geßler, Komm. z. AktG § 306 Anm. 36; ders., Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1975, 289, 292; W. Meilicke, Ende des Spruchstellenverfahrens, DB 1972, 663, 665.

2) BayObLG, Beschluß v. 16.5.1973, DB 1973, 1290, 1291; v. Falkenhausen, Freiwillige Gerichtsbarkeit im AktG, AG 1967, 309, 315.

der Zielsetzung dieser Antragsfristen entgegenstehen, die säumigen Aktionäre über ihren gemeinsamen Vertreter mit den nicht säumigen Aktionären verfahrensmäßig gleichzustellen. Als "gemeinsamer Vertreter" kann er nicht mehr Rechte haben als die von ihm Vertretenen. Diese sind jedoch wegen Fristablaufs nicht aktiv-legitimiert. Seine Funktion erschöpft sich somit in der Wahrung des rechtlichen Gehörs für die nicht am Verfahren beteiligten außenstehenden Aktionäre. Der "gemeinsame Vertreter" ist damit nicht "Parteivertreter", sondern "Beteiligter kraft Amtes" für die vom Verfahren förmlich ausgeschlossenen Aktionäre und hat verfahrensrechtlich die Stellung wie ein "streitgenössischer Nebenintervenient" entsprechend § 69 ZPO.¹ Eine Antragsrücknahme beendet das Verfahren ohne seine Zustimmung.

Verfassungsrechtliche Bedenken stehen diesem Ergebnis nicht entgegen. Eine Antragsrücknahme beendet zwar auch für die säumigen außenstehenden Aktionäre die Möglichkeit, die Abfindungshöhe überprüfen zu lassen und ihre Chance auf eine höhere Abfindung. Ein verfassungswidriger Eingriff in ihr durch Art. 14 GG geschütztes Eigentumsrecht ist gleichwohl hierin nicht zu sehen. Durch das Spruchstellenverfahren wurde allen außenstehenden Aktionären die Möglichkeit eröffnet, zur Wahrung ihres Anspruchs auf volle wirtschaftliche Entschädigung die Abfindung überprüfen zu lassen. Daß für die Anrufung des

1) BayObLG, Beschluß v. 16.5.1973, DB 1973, 1290, 1291; im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Beschluß v. 10.5.1972, DB 1972, 1820, 1821; OLG Frankfurt, Beschluß, v. 10.5.1972, NJW 1972, 641, 643; Kley-Lehmann, Gemeinsamer Vertreter, BB 1973, 1096, 1068.

Gerichtes Ausschlußfristen gesetzt sind, liegt im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums und ist verfassungskonform.¹

Auch aus der historischen Entwicklung ist ein anderes Ergebnis nicht zu entnehmen. Die Institution des "gemeinsamen Vertreters" ist zwar auf das Umwandlungsrecht zurückzuführen; er hat jedoch im AktG eine gegenüber dem früheren Umwandlungsrecht deutlich veränderte Position. Im UmwG war er noch Vertreter von allen ausscheidenden Aktionären, die selbst nicht am Verfahren teilnehmen konnten. Dies hat sich im AktG geändert. Das Verfahren wird von den Minderheitsaktionären selbst eingeleitet und betrieben, und der "gemeinsame Vertreter" hat nur eine Hilfsfunktion für die säumigen außenstehenden Aktionäre.²

Das hier gefundene Ergebnis entspricht auch der Billigkeit und der erkennbaren Wertung des Gesetzes. Die nichtantragstellenden Aktionäre haben durch Verstreichenlassen der Zweimonatsfrist ihr Desinteresse am Verfahren oder ihre Zufriedenheit mit den vom herrschenden Unternehmen angebotenen Zahlungen erkennen lassen. Wird nun ohne ihre Beteiligung ein Spruchstellenverfahren eingeleitet, dessen Ergebnis sich auch für sie auswirkt,

1) BayObLG, DB 1973, 1290, 1291 f.; OLG Düsseldorf, DB 1972, 1820, 1821; BVerfGE 14, 263 ff.; zu diesem verfassungsrechtlichen Problem siehe auch v. Falkenhausen, Urteilsanmerkung, AG 1960, 225; Hamann, Eigentumsgarantie, BB 1960, 1306; Hueck, Verfassungsmäßigkeit, DB 1960, 375.

2) So im Ergebnis auch Kley-Lehmann, Gemeinsamer Vertreter, BB 1973, 1096, 1068; a.A. E. Geßler, Komm. z. AktG, § 306 Anm. 36; ders., Zur Stellung des gemeinsamen Vertreters, BB 1975, 289 ff.

so ist es nicht unbillig, daß ihnen über den "gemeinsamen Vertreter" nur so lange rechtliches Gehör gewährt wird, wie dieses Verfahren anhängig ist. Die Institution des gesetzlichen Vertreters sollte nicht dazu dienen, über die zweimonatige Ausschlußfrist hinaus den nicht aktiv legitimierten außenstehenden Aktionären die Möglichkeit zur Durchführung des Verfahrens zu gewährleisten. Um einen "Abkauf" des Antragsrechtes zu verhindern, stehen gegebenenfalls Strafvorschriften (evtl. § 266 StGB) und Schadensersatzansprüche (§ 826 BGB) zur Verfügung.¹

Die antragstellenden Aktionäre, die einen außergerichtlichen Vergleich und eine Antragsrücknahme erwägen, werden zur Verhinderung eventueller Schadensersatzansprüche eine Gleichstellung aller abfindungsberechtigten Aktionäre - inklusiv der bereits abgefundenen Aktionäre - im Vergleich mitaufnehmen müssen.

Um einen möglichen Interessenwiderstreit zu verhindern, ist vorgesehen, daß bei einem Antrag zur Feststellung des angemessenen Ausgleichs und der angemessenen Abfindung zwei "gemeinsame Vertreter" zu bestellen sind (§ 306 Abs. 4 S. 3 AktG). Auf die Bestellung kann das Gericht nur im Ausnahmefall verzichten (§ 306 Abs. 4 S. 4 AktG). Wegen der Entscheidungs-

1) Strafrechtlich relevant könnte eine Kollusion zwischen Antragsteller und Großaktionär werden, wenn man von einer Treuepflicht des Großaktionärs und der Antragsteller gegenüber den übrigen "Außenstehenden" ausgeht und diese Treuepflicht aus der Entscheidungswirkung "für und gegen alle" herleitet.

Siehe zur Treuepflicht Lutter, Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, 225 ff.

wirkung "für und gegen alle" dürfte ein solcher Ausnahmefall nur dann vorliegen, wenn es neben den Antragstellern keine weiteren außenstehenden Aktionäre gibt oder gegeben hat.

IV. Grundsatz der Nichtöffentlichkeit

Im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlt eine Vorschrift, daß zu den Verhandlungen die Öffentlichkeit zuzulassen ist. Aus diesem Fehlen wird allgemein der Schluß gezogen, daß das Gericht im FGG-Verfahren in nicht-öffentlicher Sitzung zu entscheiden hat.¹

Diese Ansicht steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 6 der MRK, der den Grundsatz der Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens zum Inhalt hat. Dieser Grundsatz ist nur auf Gerichtsverfahren anwendbar, in denen "über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit strafrechtlicher Anklagen zu entscheiden" ist.²

Das Spruchstellenverfahren ist zwar ein echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und artverwandt mit dem Zivilprozeß, jedoch schließt die vom Gesetz gewollte "fürsorgerische" Tätigkeit des Gerichtes hier wie auch in anderen FGG-Verfahren die

1) Vergl. Keidel-Winkler, FGG, Vorbem. §§ 8 bis 18, Anm. 7; Saage, Aktienrechtsreform, DNotZ 1960, 589; Bärmann, FGG, S. 94.

2) Vergl. OLG Celle, MDR 1960, 697.

Zulassung der Öffentlichkeit aus. Die Gefahren für das betroffene Unternehmen, die vom Grundsatz der Parteiöffentlichkeit ausgehen, wurden bereits dargestellt. Sie müssen erst recht dann gelten, wenn die allgemeine Öffentlichkeit, insbesondere die Presse, zu den Verhandlungen zuzulassen wäre. Es müßte dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, daß das beherrschte Unternehmen versuchen würde, alle Firmengeheimnisse vom Verfahren fernzuhalten. Diese sind jedoch für die Beurteilung der Angemessenheit der Abfindung von großer Bedeutung.

E. Inhalt der Entscheidung

Die Spruchstelle entscheidet durch einen mit Gründen versehenen Beschluß (§§ 306, Abs. 2, 99 Abs. 3 AktG), der den Antragstellern, der Gesellschaft und den gemeinsamen Vertretern zuzustellen ist. (§§ 306, Abs. 5 AktG). Außerdem ist die Entscheidung (ohne Gründe) in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. Der Vorstand der beherrschten Gesellschaft hat die rechtskräftige Entscheidung unverzüglich zum Handelsregister einzureichen.

Das Gericht setzt die angemessene Abfindung "für und gegen alle" verbindlich fest. An Parteianträge ist es nicht gebunden. Obwohl das Gericht seine Entscheidung im Rahmen eines pflichtgemäßen Ermessens trifft, ist es an die vertraglich vorgesehene gesetzmäßige

Form der Abfindung gebunden.¹ Ist zulässigerweise eine Abfindung in Aktien angeboten, so kann das Gericht nur die Umtauschrelation ändern, nicht jedoch eine Barabfindung festsetzen und vice versa.

Das Spruchstellenverfahren dient dem Schutz außenstehender Aktionäre. Aus diesem Schutzzweck ergibt sich das Verbot der reformatio in peius, so daß eine Herabsetzung der angebotenen Abfindung nicht zulässig ist.² Ist die angebotene Abfindung angemessen oder übersteigt sie den vom Gericht für angemessen gehaltenen Betrag, so wird der Antrag des außenstehenden Aktionärs auf Höherfestsetzung abgewiesen; in anderen Fällen bestimmt das Gericht die angemessene Abfindungshöhe.

F. Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung des Landgerichts kann die sofortige Beschwerde erhoben werden (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 3 S. 2 AktG). Sie ist durch eine Beschrift zu erheben, die von einem Anwalt unterzeichnet sein muß (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 3 AktG). Erforderlich ist die eigenhändige Unterzeichnung der Be-

1) Baumbach-Hueck, AktG, § 305 Anm. 10.

2) So auch E. Geßler, Komm. z. AktG, § 306 Anm. 40; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 78; Baumbach-Hueck, AktG, § 306 Anm. 7; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 306 Anm. 6.

schwerdeschrift durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt. Mit seiner Unterschrift übernimmt er die Verantwortung für den Inhalt. Der Anwaltszwang für die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift bedeutet nicht Anwaltszwang für die Vertretung im Verfahren.¹

Die Beschwerde kann auch auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden (§ 23 FGG).

1) Hücking, Abfindung und Ausgleich, S. 81; v. Falkenhausen, Freiwillige Gerichtsbarkeit im AktG, AG 1967, 309, 315; Keidel-Winkler, FGG, § 29 Anm. 13.

Ergebnis

Der Gesetzgeber des AktG 65 beabsichtigte mit der Kodifizierung des Konzernrechts, faktische Konzernverhältnisse rechtlich zu erfassen und die Minderheitsaktionäre wirksam gegen die Gefahren und die Nachteile konzernverbundener Unternehmen zu schützen. Die große Zahl der betroffenen Aktionäre und ihre Machtlosigkeit gegenüber der dominierenden wirtschaftlichen Stärke des Konzerns erforderte zum Schutz ihrer Vermögensrechte ein besonderes Verfahren. Dieses neu eingeführte Spruchstellenverfahren war zwar bereits vorher aus dem Umwandlungsrecht bekannt, es hat jedoch im AktG 65 wichtige Änderungen erfahren. Das Spruchstellenverfahren ist ein echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dient zur Überprüfung der angemessenen Abfindung außenstehender Aktionäre. Zur Einleitung des Verfahrens ist nur der "außenstehende Aktionär" aktiv legitimiert, unabhängig davon, wie er in der Hauptversammlung gestimmt hat. Der außenstehende Aktionär kann den Unternehmensvertrag nicht mit der Begründung anfechten, die angebotene Abfindung sei unangemessen. An Stelle eines Anfechtungsrechts ist das Antragsrecht zur Einleitung des Spruchstellenverfahrens getreten. Neben dem Spruchstellenverfahren ist die Erhebung einer Leistungsklage unzulässig.

Das wichtigste Kennzeichen des Spruchstellenverfahrens ist der Untersuchungsgrundsatz. Die Minderheitsaktionäre haben zwar eine Förderungspflicht, nicht jedoch eine Darlegungspflicht. Der Richter hat die Aufgabe, im Rahmen eines weiten Ermessensspielraums die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zu ergründen und die Angemessenheit zu bestimmen. Die Entscheidung be-

trifft auch die nicht antragstellenden außenstehenden Aktionäre. Zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör ist vom Gericht ein gemeinsamer Vertreter zu bestellen. Die Befugnisse des gemeinsamen Vertreters erschöpfen sich mit dieser Aufgabe. Nehmen die Antragsteller den Antrag zurück, so endet das Spruchstellenverfahren auch ohne Zustimmung des gemeinsamen Vertreters. Mißbräuche und eine Kollusion zwischen Antragsteller und dem Großaktionär können über Strafsanktionen und Schadensersatzansprüche verhindert werden. Die formell rechtskräftige Spruchstellenentscheidung erwächst in materieller Rechtskraft und bestimmt unabänderbar die angemessene Abfindung.

ZWEITER TEIL: ABFINDUNGSERGÄNZUNGSANSPRUCH

Vorbemerkung:

Die Darstellung des Spruchstellenverfahrens im Ersten Teil dieser Arbeit zeigte den Schutz des außenstehenden Aktionärs durch die Ausgestaltung des Verfahrens. Die angerufene Spruchstelle überprüft die Angemessenheit der Abfindung. Durch die abändernde Entscheidung wird die "vertraglich zu gewährende Abfindung" bestimmt (§ 305 Abs. 5 AktG). Die Spruchstellenentscheidung wirkt "für und gegen alle" (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG). Unstreitig sind zunächst die Vertragspartner des Unternehmensvertrages und die antragstellenden außenstehenden Aktionäre von dieser Entscheidung betroffen. Darüberhinaus wirkt die Entscheidung auch für die außenstehenden Aktionäre, deren Verfahrensrechte durch den gemeinsamen Vertreter gewahrt werden.

Streitig ist jedoch, ob auch diejenigen von der Entscheidung betroffen werden, die nicht mehr Aktionäre sind und bereits vorher abgefunden wurden.¹ Dies

1) Dies bejahen: Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 183; Flume, Abfindung, DB 1969, 1047 ff.; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 74; Jörg Geßler, AktG, § 305 Anm. 6; Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 3 ff.; Rasch, Aktuelle Probleme, S. 15; siehe auch Rasch, Konzernrecht, S. 152; Tiling-Prasse, Entscheidung nach § 305, AG 1969, 63 ff.; Werner, Ausgewählte Fragen zum Aktienrecht, AG 1972, 167; Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 305 Anm. 21. Im Ergebnis gegen diese Auffassung sind: Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 305 Anm. 21; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 85, 87; Meyer-Landrut, Miller, Außenstehender Aktionär, DB 1969, 139 ff.; Möhring-Tank, Handbuch der AG, RZ 765; H.J. u. G. Veith, Wirkung der gerichtlichen Entscheidung, DB 1969, 1737 ff.; Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 520, 585 ff.

könnte dann der Fall sein, wenn die Spruchstellenentscheidung rückwirkend auch für sie die Abfindung erhöht. Sie hätten in diesem Falle nur eine Teilleistung erhalten und könnten einen Abfindungsergänzungsanspruch gegen die Obergesellschaft geltend machen, wenn sie nicht durch die Abfindungsentgegennahme vertraglich von einer erhöhten Abfindung ausgeschlossen sind. Dieser Frage wird nachfolgend zunächst durch Untersuchung des Abfindungsvorgangs nachgegangen.

A. Abfindungsentgegennahme

I. Erlaßvertrag

In der Bekanntmachung des Beherrschungsvertrages mit der vorgesehenen Abfindung könnte ein konkludentes Angebot zum Abschluß eines Erlaßvertrages (§ 397 BGB) gesehen werden. Das herrschende Unternehmen könnte dem außenstehenden Aktionär die Abfindung gegen Verzicht auf einen eventuellen Nachzahlungsanspruch anbieten. Die Entgegennahme der Abfindung könnte die konkludente Annahme eines solchen Vertragsangebotes sein. Würdinger¹ will in der vorbehaltlosen Entgegennahme der Abfindung einen solchen konkludenten Verzicht sehen, allerdings soll dem anderen Vertragsteil der Beweis dafür obliegen.

Die Zulässigkeit eines solchen Vertrages folgt daraus, daß durch das Spruchstellenverfahren nicht die Vertragsfreiheit der Abfindungsberechtigten und des Ab-

1) Würdinger, Großkomm.z.AktG, § 305 Anm. 21; im Ergebnis auch Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 87.

findungsverpflichteten eingeschränkt wird. Fraglich ist jedoch, ob die Zahlung und die Entgegennahme der Abfindung einen auf einen Erlaßvertrag deutenden Erklärungswert haben.

Hüchting will in der vorbehaltlosen Annahme der Abfindung einen Verzicht auf einen Nachzahlungsanspruch sehen, weil der Aktionär mit der freiwilligen Annahme der Abfindung gezeigt habe, daß er mit ihrer Höhe einverstanden sei.¹ Zur Begründung beruft sich Hüchting auf die "Parallelen" in § 655 BGB (Entrichtung eines zu hohen Maklerlohnes), § 343 Abs. I S. 3 BGB und § 4 Abs. I S. 2 AbzG (Entrichtung einer zu hohen Vertragsstrafe). Die angeführten "Parallelen" gehen von dem Gedanken aus, daß eine richterliche Herabsetzung einer unangemessenen Leistung dann nicht mehr in Frage kommt, wenn der Leistungspflichtige die Leistung bereits erbracht hat und somit seinen Schutz verwirkt.

Der Argumentation von Hüchting ist jedoch nicht zu folgen. Die angeführten "Parallelen" sind mit der Abfindungsproblematik nicht vergleichbar. Einmal betreffen diese die umgekehrte Ausgangslage, indem ein Leistungspflichtiger eine unangemessen hohe Leistung erbracht hat. Bei der Abfindungsproblematik geht es jedoch um das Nachforderungsrecht bei Erhalt einer unangemessen niedrigen Leistung. Den angeführten "Parallelen" liegt die Vorstellung zugrunde, daß derjenige, der eine zu hohe Leistung erbringt, obwohl er die Unangemessenheit hätte erkennen können, seinen Rechtsschutz verwirkt. Durch Erbringung der Leistung hat er darüberhinaus gezeigt, daß er den Schutz des Richters nicht benötigt.

Demgegenüber zeigt derjenige, der eine zu niedrige Abfindung in Unkenntnis der angemessenen Leistung entgegennimmt, gerade, daß er den Schutz des Gerichtes benötigt. Diese Vorstellung hat auch der Gesetzgeber bei

1) Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 87.

Schaffung des Minderheitenschutzes im AktG gehabt.¹ Die Feststellung des angemessenen Maklerlohnes oder einer angemessenen Vertragsstrafe ist durch Vergleich mit ähnlichen Fällen ohne große Schwierigkeiten möglich. Die Feststellung der angemessenen Abfindung erfordert jedoch eine Unternehmensbewertung und ist mit großem Aufwand verbunden. Gerade wegen der Schwierigkeit der Angemessenheitsfeststellung ist der Spruchstelle die Überprüfung zugewiesen worden.

Die These von Hüchting kann auch nicht mit einer Analogie zu § 363 BGB (Beweislastumkehr bei Annahme eines Aliud), § 364 BGB (Annahme an Erfüllungsstatt) oder § 464 BGB (Annahme trotz Mangel) gehalten werden. Diese Fälle setzen alle eine Kenntnis vom richtigen Leistungsgegenstand oder der richtigen Leistungshöhe voraus. Da diese Voraussetzung beim außenstehenden Aktionär gerade nicht gegeben ist, ist in der freiwilligen Annahme der unangemessenen Abfindung kein Verzicht auf den Nachzahlungsanspruch zu sehen.

Auch der Sinn des § 305 Abs.1 AktG steht einer solchen Auslegung entgegen. Durch § 305 Abs.1 AktG wird dem anderen Vertragsteil die Pflicht auferlegt, im Beherrschungsvertrag eine angemessene Abfindung aufzunehmen. Mit Zahlung der im Unternehmensvertrag vorgesehenen Abfindung gewährt das herrschende Unternehmen lediglich die vertraglich vorgesehene Leistung. Ein Anhaltspunkt für ein konkludentes Vertragsangebot zum Abschluß eines Erlaßvertrages besteht nicht.

Das Verhalten des außenstehenden Aktionärs kann nicht als konkludente Erklärung zum Abschluß eines Erlaßvertrages gesehen werden. Der außenstehende Aktionär übt sein Abfindungsrecht dadurch aus, daß er seine Aktien bei der Zahlstelle einreicht und die Abfindung verlangt. Durch die Ausübung dieses Rechtes erhält er Zug um Zug gegen Obereignung der Aktien die angebotene Abfindung. Sein Verhalten deutet durch nichts darauf hin, daß er durch Einreichung seiner Aktien auf einen even-

1) Siehe hierzu Begr.z.RegE AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG, Vorbem. vor § 291 S. 373-375, § 306 S. 400, 401.

tuellen Abfindungsergänzungsanspruch zu Gunsten des Konzerns verzichten will. Seine wirtschaftliche Interessenlage, die auf eine möglichst volle Abfindung zielt, steht einem solchen Erlaßvertrag entgegen.

II. Vergleich

Die Bekanntmachung des Unternehmensvertrages mit der Abfindung für außenstehende Aktionäre könnte ein konkludentes Angebot zum Abschluß eines Vergleiches (§ 77 BGB) bedeuten, das von den Aktionären durch Entgegennahme der Abfindung und Übereignung ihrer Aktien angenommen wird. Auch könnte in der Einreichung der Aktien ein vom außenstehenden Aktionär ausgehendes konkludentes Vergleichsangebot gesehen werden, das von der Obergesellschaft durch Entgegennahme der Aktien und Auszahlung der Abfindung angenommen wird.

Der Vergleich wird durch ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien zur Beseitigung des Streites oder der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis charakterisiert. Wie hoch die Abfindung sein muß, um als "angemessen" gelten zu können, ist weder für das herrschende Unternehmen noch für den außenstehenden Aktionär mit Gewißheit festzustellen. Der Streit um die Berechnung des angemessenen Ausgleichs bzw. Abfindung zeigt, daß diese Feststellung auch für Fachleute äußerst diffizil ist. Die Ursache der Schwierigkeiten liegt darin, daß weniger Uneinigkeit in der Berechnung einzelner Vermögensobjekte als in der unterschiedlichen Bewertungsmethode zur Errechnung des Unternehmenswertes mit Substanz, Ertrags- und Liquidationswert besteht.¹

1) Vergl. Beratungsergebnis des IdW Arbeitskreises Unternehmensbewertung, Die Wirtschaftsprüfung 1969, 129 ff.; Kretschmer, Angemessene Abfindung, Die Wirtschaftsprüfung 1969, 248 ff.; Kropff, Rechtsfragen der Abfindung, DB 1962, 155, 159; Altbach, Probleme der Ausgleichszahlung, AG 1966, 180 ff.

Der Gesetzgeber hat sich nicht auf eine bestimmte Bewertungsmethode festgelegt, sondern durch die gesetzliche Verpflichtung, den Wert der Barabfindung "nach der Vermögens- und Ertragslage zu bestimmen" (§ 305 Abs. 2 S. 2 AktG) ist lediglich die Maßgeblichkeit des Börsenkurses ausgeschlossen.¹ Ohne eine verbindliche Methode wird die Bewertung oft zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Diese Ungewißheit über den Wert des Unternehmens und damit über den Wert der Aktie zu beenden, könnte Sinn eines Vergleiches zwischen herrschendem Unternehmen und Abfindungsberechtigten sein.

Jedoch kann weder in dem Verhalten des herrschenden Unternehmens noch in dem des außenstehenden Aktionärs ein Nachgeben gesehen werden. Das abfindungsverpflichtete Unternehmen gewährt nur die Abfindung, zu der es sich aufgrund des Unternehmensvertrages verpflichtet hat, und der außenstehende Aktionär entscheidet sich für diese Abfindung durch Einreichung seiner Aktien, ohne daß er Grund hat, von seinem Anspruch auf volle Abfindung abzusehen. Da von einem gegenseitigen Nachgeben bei der Entgegennahme der im Beherrschungsvertrag genannten Abfindung keine Rede sein kann, scheidet somit ein Vergleichsvertrag zwischen außenstehendem Aktionär und herrschendem Unternehmen aus.²

1) Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 3, 4; Albach, Probleme der Ausgleichszahlung, AG 1966, 180 f.; Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 3, 6; Begr. z. RegE. AktG, Ausschlußbericht abgedr. bei Kropff, AktG, S. 399.

2) So auch Tiling-Prasse, Entscheidung nach § 305, AG 1969, 64.

Fraglich ist aber, ob das herrschende Unternehmen die Auszahlung der Abfindung vom Abschluß eines Vergleichs oder eines Verzichtsvertrages abhängig machen kann. Sind auch in der Auszahlung und der Entgegennahme keine konkludenten Erklärungen zu sehen, die auf den Abschluß eines Vergleiches oder Verzichtsvertrages gerichtet sind, so kann doch das herrschende Unternehmen ein starkes Interesse daran haben, die Auszahlung der Abfindung vom Abschluß eines solchen Vertrages abhängig zu machen. Dies ist besonders dann der Fall, wenn die Mehrzahl der außenstehenden Aktionäre sich nicht für den Dividendenausgleich nach § 304 AktG entscheidet, sondern gegen angemessene Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden will. Das herrschende Unternehmen müßte dann befürchten, bei Bestehen eines Abfindungsergänzungsanspruches durch eine abweichende gerichtliche Entscheidung mit zusätzlichen, auf einmal fällig werdenden, hohen Kosten belastet zu werden. Dies würde die Kostenrechnung für die Unternehmenszusammenführung empfindlich stören und die ökonomische Entscheidung unter Umständen unrentabel werden lassen.

Einem solchen Vorhaben steht jedoch die zwingende Vorschrift des § 305 Abs. 1 AktG entgegen. § 305 AktG soll die wirtschaftlichen Interessen des außenstehenden Aktionärs sichern.¹ Vorgesehen ist lediglich, daß die Auszahlung der Abfindung von der Einreichung der Aktien abhängig ist. Dies deutet darauf hin, daß die Ausübung des Abfindungsrechtes gemäß § 305 Abs. 1 AktG nur von der Einreichung der Aktien abhängt. Auf weitere Bedingungen braucht sich der außenstehende

1) Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, Übersicht vor § 304 Anm. 1.

Aktionär nicht einzulassen. Der Schutzzweck des § 305 Abs. 1 AktG gebietet eine enge Auslegung. Würde der andere Vertragsteil die Möglichkeit haben, die Ausübung der Abfindung an zusätzliche Bedingungen, wie z.B. die Einreichung aller ausstehenden Aktien, die Einreichung einer gewissen Mindestanzahl von Aktien oder die Erklärung eines Verzichts auf einen eventuellen Nachzahlungsanspruch etc. zu binden, so würde der Schutzzweck des § 305 Abs. 1 AktG ausgehöhlt und die Position des außenstehenden Aktionärs weiter geschwächt werden. Daher wäre die zusätzliche Bedingung für die Ausübung des Wahlrechtes als Verstoß gegen § 305 Abs. 1 AktG zu werten und gemäß § 134 BGB nichtig.¹

Aus gleichem Grunde wäre die Aufnahme einer Anfangsfrist für die Entgegennahme der Abfindung im Beherrschungsvertrag unwirksam.² Nach der gesetzlichen Vorstellung hat der außenstehende Aktionär das Recht, mit Wirksamwerden des Unternehmensvertrages die angebotene Abfindung zu verlangen. Würde die Obergesellschaft vertraglich vorsehen, daß die Abfindung erst am Tage nach Ablauf der Anrufungsfrist bzw. nach Rechtskraft der Entscheidung geltend gemacht werden kann, so könnte sie sich u.U. durch Ausübung des Kündigungsrechts vor der Zahlung einer angemessenen Abfindung schützen.

Diese Vertragsgestaltung würde nicht im Einklang mit der Schutzfunktion des § 305 AktG stehen und nichtig sein. Die im Interesse der außenstehenden Aktionäre

1) So auch Tiling-Prasse, Entscheidung nach § 305, AG 1969, 64.

2) So wohl Werner, Probleme des neuen Konzernrechts, Neue Betriebswirtschaft, 1967, 16.

eng auszulegenden Minderheitenschutzregeln schreiben der Obergesellschaft vor, im Unternehmensvertrag eine Abfindung vorzusehen, die nach Wirksamwerden des Vertrages zahlbar ist. Ein Handlungsspielraum, diese Abfindungszahlungen von weiteren Bedingungen abhängig zu machen, besteht nicht.

III. Verkauf

Ein Aktionär, der seine Aktien über die Börse verkauft, hat bei einer abändernden Spruchstellenentscheidung nach ganz einhelliger Meinung keinen Abfindungsergänzungsanspruch.¹ Nur wenn sich der Abfindungsvorgang von einem solchen Verkauf unterscheidet, kommt ein Abfindungsergänzungsanspruch in Frage. In der Literatur vertritt vor allem Vogt² die Auffassung, daß mit der Abfindungsentgegennahme ein Kaufvertrag geschlossen wird. Vogt sieht keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen einem Aktienkauf einerseits und einer gesetzlich vorgeschriebenen Abfindung andererseits. Die im Beherrschungsvertrag vorgesehene Abfindung sei ein Angebot im Sinne von § 145 BGB. In den parallelen Abfindungsregelungen bei der Eingliederung einer AG in eine andere AG oder bei der sogenannten verschmelzenden Umwandlung spre-

1) BGHZ Urteil v. 16.2.1976, AG 1976, 218; Urteilsanmerkung von Lutter, JZ 1976, 562; H.P. Westermann, Verhalten des Großaktionärs, AG 1976, 309 ff.

2) Vergl. Vogt, Abfindung, Das Wertpapier, 1969, 520 ff.; Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 305 Anm. 1 schließen sich im Ergebnis dieser Auffassung an.

che das Gesetz auch ausdrücklich von "anbietet" (§ 320 Abs. 2 Ziff. 2 AktG), "angebotene" (§ 320 Abs. 6, S. 1 und 2 AktG) oder von "Abfindungsangebot" (§ 11 Ziff. 2 UmwG i.d.Fassg. v. § 39 EG AktG). Was für die Parallelfälle der Eingliederung oder Umwandlung gelte, müsse auch für die Abfindung im Beherrschungsvertrag zutreffen. Auch sei dieses Angebot ein Kaufangebot, das der Aktionär durch die Einreichung der Aktien annehme. Das Charakteristische des Kaufvertrages, der Austausch von Rechten und Sachen gegen Geld, sei auch bei der Auszahlung der Abfindung gegen Übereignung der Aktien gegeben. Wenn der außenstehende Aktionär das Abfindungsangebot durch die Einreichung seiner Aktien annehme, so unterscheide sich dieser Vorgang durch nichts von einem normalen Aktienverkauf an oder außerhalb der Börse. Die einzige Besonderheit zwischen einem Aktienübergang aufgrund eines Abfindungsangebotes sei der gesetzlich normierte Kontrahierungszwang in § 305 AktG.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Der Unternehmensvertrag enthält zwar ein Angebot i.S. von § 145 BGB, jedoch ist eine Gleichsetzung dieses Angebotes mit einem Kaufangebot von der Interessenlage her verfehlt. Eine Gleichsetzung mit einem Verkauf der Aktien an der Börse ignoriert die Zwangssituation des außenstehenden Aktionärs.

Bei einem Kaufvertrag entscheidet sich der Verkäufer freiwillig zum Verkauf. Hier ist jedoch der Anstoß zur Einreichung der Aktien der Vermögenseingriff durch Abschluß des Beherrschungsvertrages. Der Minderheitsaktionär hat i.d.R. keinen Einfluß auf die Entscheidung über den Vermögenseingriff. Der Großaktionär verfügt i.d.R. über die notwendige Dreiviertelmehrheit; das Votum des außenstehenden Aktionärs hat weder Einfluß auf den Abschluß des Beherrschungsver-

trages, noch auf die Zustimmung der Hauptversammlung, noch auf seine Rechte im Spruchstellenverfahren. Durch Einreichung der Aktien bei der Zahlstelle verhält sich der Aktionär so wie es vom herrschenden Unternehmen mit Sanktion des Gesetzgebers gewünscht wird. Die Entgegennahme der Abfindung ist die vertraglich zugesicherte Gegenleistung, deren Angemessenheit der Überprüfung des Gerichtes unterliegt.

Vor der Novelle des Aktiengesetzes im Jahre 1965 war die Zulässigkeit eines Beherrschungsvertrages außerordentlich umstritten. Der als Organschaftsvertrag bekannte Unternehmensvertrag war eine Schöpfung der Wirtschaftspraxis. Er faßte Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag in einem einheitlichen Vertrag zusammen. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Vertrages sprach vor allem, daß die Gesellschaft gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (ausgeprägt im Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung, dem Verbot der Einlagenrückgewähr und dem Verbot der Einlagenverzinsung) verstößt, wenn sie mit dem anderen Vertragspartner - regelmäßig der Großaktionär - einen solchen Unternehmensvertrag schloß.¹ Der BGH² beurteilte in seiner Entscheidung vom 8.2.1960 einen Organschaftsvertrag mit den Worten: "das Anstößige solcher Verträge liegt darin, daß einzelnen Gesellschaftern wider ihren Willen das Mitgliedschaftsrecht auf Gewinnbeteiligung genommen wird."

Mit der ausdrücklichen Zulassung solcher Verträge durch das AktG erkennt das Gesetz zwar einerseits das Interesse der herrschenden Gesellschaft an, die

1) Petzel, Ansprüche der Minderheitsaktionäre, S. 18.

2) BGH Urteil vom 8.2.1960 in NJW 1960, S. 722.

abhängige Gesellschaft auch zu ihrem Nachteil in den Dienst ihrer Interessen zu stellen, andererseits brauchen die außenstehenden Aktionäre diesen grundlegenden Eingriff in ihr Vermögensrecht nicht ohne eine Abfindungsmöglichkeit hinzunehmen.¹ Das Abfindungsrecht ist somit nach dem Willen des Gesetzgebers als Äquivalent für den Vermögensnachteil des außenstehenden Aktionärs geschaffen worden und läßt sich nicht mit einer Veräußerung der Aktien an der Börse vergleichen.

Eine Bestätigung dieser Auffassung ergibt sich auch aus dem Urteil des BVerfG vom 7.8.1962.² Das BVerfG führt für die parallele Problematik bei der Umwandlung aus, "daß die Mehrheitsumwandlung eine Art Auseinandersetzung unter den Aktionären ist, bei der der ausscheidende Aktionär einen vermögensrechtlichen Anspruch auf Entschädigung erhält, während sein Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögens dem Großaktionär zuwächst." Das BVerfG sieht den Abfindungsanspruch als Auseinandersetzungsanspruch, dessen Höhe sich nach dem Wert des gesellschaftlichen Anteils am arbeitenden Unternehmen bemißt.³ Dieses Letztere deutet darauf hin, daß der Abfindungsberechtigte einen realen Wertausgleich für seine Aktien erhalten soll, so daß eine Gleichsetzung dieses Vorgangs mit einem Verkauf der Aktien an der Börse fehlt. Die Wertermittlung soll entsprechend einer Entscheidung des BGH für den umwandlungsrechtlichen Parallellfall nach den Grundsätzen erfolgen, die zur Abfindung eines

1) Begr. RegE z. AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG, §. 397.

2) BVerfGE 14, 278 - 1 BvL 16/60.

3) BVerfGE 14, 284.

aus der Personalgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters gemäß § 738 BGB entwickelt wurden.¹

Als Fazit darf hier festgehalten werden, daß der außenstehende Aktionär nach dem Willen des Gesetzes vom Abfindungsverpflichteten anderen Vertragsteil einen vollen Wertersatz für die Obereignung seiner Aktien erhalten soll. Dies ist die Folge für den gesetzlich legitimierten Eingriff in die Vermögensposition des außenstehenden Aktionärs. Dieser Vorgang kann nicht mit einem Kaufvertrag gleichgesetzt werden. Im Unterschied zum Aktienverkauf an der Börse, der nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage erfolgt, soll das Ziel der Abfindung in einem realen Wertausgleich bestehen. Auch durch die Konstruktion eines Kontrahierungszwanges läßt sich die rechtliche Wertung der Abfindung im Beherrschungsvertrag nicht als "Kaufangebot" halten. Nach dem Zweck der Abfindungsregelung soll nicht nur ein Gütertausch zwischen dem anderen Vertragsteil und dem außenstehenden Aktionär erfolgen, bei dem der andere Vertrags- teil ein Kaufangebot in Höhe seines Ermessens machen muß, sondern der Abfindungsverpflichtete hat zwar eine Erwerbsverpflichtung, jedoch gegen einen realen Wertersatz. Die Abfindung im Beherrschungsvertrag oder Gewinnabführungsvertrag ist somit kein Kaufangebot.²

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß der Abfindungsvorgang weder ein Erlaß, noch ein Vergleich, noch ein Verkauf ist. Mit dem Abfindungsver-

1) BGH in BB 1967, 559.

2) Vergl. hierzu Petzel, Ansprüche der Minderheitsaktionäre, S. 42.

langen könnte der außenstehende Aktionär jedoch ein Optionsrecht zum Abschluß eines speziell aktienrechtlichen Vertrages (Vertrag sui generis) ausgeübt haben, das ihm im Unternehmensvertrag eingeräumt wurde. Inhalt der Option wäre das Recht, die Obergesellschaft zum Erwerb der Aktien gegen eine angemessene Abfindung zu verpflichten. Wird durch die Entscheidung der Spruchstelle die Abfindung erhöht, so könnte dies für den bereits abgefundenen Aktionär zu einem Nachzahlungsanspruch führen.

IV. Vertrag sui generis

Die rechtliche Analyse des Abfindungsverlangens, die gerade bei Beginn der Diskussion um den Abfindungsergänzungsanspruch umstritten war,¹ könnte zu einem Optionsrecht führen. Mit Ausübung der Option könnte zwischen dem außenstehenden Aktionär und der Obergesellschaft ein Vertrag sui generis geschlossen werden.

Unter einem Optionsrecht versteht man das Recht, durch einseitige, gestaltende Erklärung ein Vertragsverhältnis zustande zu bringen.² Dieses Recht kann in einem Optionsvertrag eingeräumt werden. In dem Optionsvertrag sind die Bedingungen des Vertragsangebotes festgelegt, an das sich der Anbietende für längere Zeit gebunden fühlt. Im Unterschied zu einem Vorvertrag, der nur einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages mit vorbestimmten Inhalt enthält, wird durch einen Optionsvertrag ein Gestaltungsrecht eingeräumt. Der Optionsberechtigte bringt durch seine Annahmeerklärung unmittelbar einen Vertrag zustande, dessen Inhalt sich nach dem Optionsvertrag richtet. Der Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag könn-

-
- 1) Siehe hierzu Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 3, 6; Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 520 f.
 - 2) Fikentscher, Schuldrecht, § 23, II S. 88; Larenz, Rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, DB 1955, 209 f.

te einen solchen Optionsvertrag enthalten. Im Beherrschungsvertrag verpflichtet sich der andere Vertragsteil dem abhängigen Unternehmen gegenüber, den außenstehenden Aktionären gegen Einreichung ihrer Aktien eine bestimmte Abfindung zu gewähren. Diese Verpflichtung ist dem anderen Vertragsteil durch § 305 Abs. 1 AktG vorgeschrieben. Es heißt hier: "Der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag muß die Verpflichtung des anderen Vertragsteils enthalten, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs, dessen Aktien gegen eine im Vertrag bestimmte angemessene Abfindung zu erwerben." Diese gesetzliche Formulierung deutet schon auf einen Optionsvertrag hin. Das Charakteristische des Optionsvertrages - die bindende Offerte, die längere Zeit gültig ist - besteht auch hier. Gemäß § 305 Abs. 4 AktG kann die Erwerbsverpflichtung auf zwei Monate nach Wirksamwerden des Unternehmensvertrages befristet werden.¹ Diese Frist verlängert sich auf zwei Monate nach Bekanntwerden der Spruchstellenentscheidung, wenn das Gericht gemäß § 306 AktG angerufen wird (§ 305 Abs. 4 AktG). Weiterhin kommt der Vertrag zwischen dem außenstehenden Aktionär und dem anderen Vertragsteil durch einfache konkludente Annahmeerklärung zustande, ohne daß es noch einer Erklärung des anderen Vertragsteiles oder einer Ausgestaltung des Vertragsinhaltes bedarf. Aus diesen Gründen kann die Abfindungsverpflichtung des anderen Vertragsteiles im Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag als Optionsvertrag bezeichnet werden.²

1) Im Abfindungsbeispiel BASF/Wintershall war eine Dreimonatsfrist vorgesehen. Siehe dazu § 6 des als Anlage beigefügten Vertrages.

2) Zustimmend Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 296 Anm. 10.

Der Unternehmensvertrag wird ohne Mitwirkung des Optionsberechtigten geschlossen. Ist der außenstehende Aktionär nicht Vertragspartner, aber direkt Berechtigter, so bedeutet die Erwerbsverpflichtung im Unternehmensvertrag ein Optionsvertrag zu Gunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB.¹

Wenn Kropff² davon spricht, daß der außenstehende Aktionär ein Recht habe, "den anderen Vertragsteil durch einseitige, rechtsgestaltende Erklärung zur Übernahme seiner Aktien gegen eine objektiv angemessene Abfindung zu verpflichten", so mag Kropff dabei auch an ein Optionsrecht gedacht haben. Der Optionsvertrag räumt dem außenstehenden Aktionär ein Recht ein, durch einseitige, rechtsgestaltende Erklärung einen speziell aktienrechtlichen Abfindungsvertrag zwischen ihm und dem anderen Vertragsteil zustande zu bringen. Das Optionsrecht im Beherrschungsvertrag ist inhaltlich genau konkretisiert. Es besteht in Gewährung der genannten Abfindung gegen Einreichung der Aktien.

1) Zustimmend Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 296 Anm. 10; Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 295 Anm. 4.

2) Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 6.

Als Fazit darf festgehalten werden, daß die Abfindungsregelung im Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag einen Optionsvertrag zu Gunsten Dritter enthält. Diese Option ist auf den Abschluß eines speziellen aktienrechtlichen Abfindungsvertrages zwischen dem außenstehenden Aktionär und dem abfindungsverpflichteten Unternehmen gerichtet. Inhaltlich ist dieser Abfindungsvertrag von den Bestimmungen des Unternehmensvertrages abhängig.

Mit Wirksamwerden des Unternehmensvertrages kann der außenstehende Aktionär von seinem Optionsrecht Gebrauch machen und mit dem herrschenden Unternehmen einen speziell aktienrechtlichen Abfindungsvertrag schließen. Dieser Abfindungsvertrag ist durch die Bestimmungen des Beherrschungsvertrages bereits vorgeformt und kommt durch schlichtes Einreichen der Aktien zustande. Er enthält nicht eine einzige von der Regelung des Unternehmensvertrages unterschiedliche Bestimmung. Der außenstehende Aktionär erhält die Abfindung, zu der sich das herrschende Unternehmen im Unternehmensvertrag verpflichtet hat. Das abfindungsverpflichtete Unternehmen kann sich nicht weigern, die vorgesehene Abfindung zu gewähren, da der außenstehende Aktionär mit der Einreichung seiner Aktien einen fälligen Anspruch auf die Abfindung hat.¹ Auch die Gegenleistung für die eingereichten Aktien entspricht der Regelung des Unternehmensvertrages. Diese Inhaltsbestimmung des speziell aktienrechtlichen Abfindungsvertrages durch den Unternehmensvertrag zwingt zu der Auslegung, daß der Abfin-

1) Zustimmend Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 305 Anm. 16; Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 305 Anm. 1.

dungsanspruch des außenstehenden Aktionärs sich nach der Regelung des Unternehmensvertrages richten soll. Die Gegenleistung für die Einreichung der Aktien wird nicht individuell zwischen außenstehendem Aktionär und herrschendem Unternehmen ausgehandelt, sondern richtet sich nach der Höhe der Abfindung wie sie im Beherrschungsvertrag vorgesehen ist. Der außenstehende Aktionär hat nach Abschluß des Abfindungsvertrages einen Abfindungsanspruch so wie er im Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag vorgesehen ist.

Die Konzeption von § 305 AktG unterstützt diese Auslegung. Nach § 305 Abs. 1 AktG muß ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag die Verpflichtung des anderen Vertragsteils enthalten, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs dessen Aktien gegen eine im Vertrag bestimmte angemessene Abfindung zu erwerben. Schon der Wortlaut bringt die Abhängigkeit der Abfindungshöhe im Abfindungsvertrag von der Regelung des Unternehmensvertrages zum Ausdruck. Auch der Schutzzweck des § 305 AktG spricht für die obige Auslegung. Der außenstehende Aktionär soll nicht nach Abschluß des Unternehmensvertrages zu Vertragsverhandlungen über die Höhe der Abfindung gezwungen sein, sondern sich durch schlichtes Einreichen der Aktien einen fälligen Anspruch auf die im Unternehmensvertrag angebotene Abfindung verschaffen können.

Festzuhalten bleibt, daß der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag eine Option zu Gunsten des außenstehenden Aktionärs enthält, die dieser durch Einreichung seiner Aktien bei der Zahlstelle ausübt. Durch Ausübung dieser Option wird ein speziell aktienrechtlicher Abfindungsvertrag geschlossen, der jedoch nur "Anhängsel" des Unternehmensvertrages ist. Inhaltlich ist der speziell aktienrechtliche Abfin-

dungsvertrag vom Unternehmensvertrag abhängig. Diese rechtliche Qualifizierung sagt noch nichts über den Bestand eines Abfindungsergänzungsanspruchs. Sollte dieser bestehen, so würde er sich jedoch in die hier gefundenen Rechtsgrundlagen des Abfindungsvorganges einfügen. Wenn die Entscheidung der Spruchstelle rückwirkend die Abfindung im Unternehmensvertrag ändert, so würde der speziell aktienrechtliche Abfindungsvertrag von dieser Änderung betroffen, so daß die bereits abgefundenen Aktionäre einen Abfindungsergänzungsanspruch geltend machen könnten. Das Kündigungsrecht der Obergesellschaft bei einer abweichenden Spruchstellenentscheidung könnte jedoch einem Abfindungsergänzungsanspruch entgegenstehen.

B. Kündigungsrecht

Eine Erhöhung der Abfindung durch die Spruchstelle berechtigt die Obergesellschaft zur fristlosen Kündigung des Unternehmensvertrages (§§ 305 Abs. 5, 304 Abs. 4 AktG). Dieses Kündigungsrecht dient dem Liquiditätsschutz der Obergesellschaft, um sie "von einer nicht vorgesehenen Mehrbelastung zu befreien".¹ Das Bestehen eines Abfindungsergänzungsanspruchs könnte zu einer Aushöhlung dieses Kündigungsrechtes führen, wie folgender denkbarer Fall zeigt:

Die Mehrzahl der außenstehenden Aktionäre entscheidet sich vor Rechtskraft der Entscheidung für die Abfin-

1) Vergl. Begr. RegE z. AktG 65, § 293 bei Kropff, AktG S. 396.

dung und übereignet ihre Aktien der Obergesellschaft. Nach einer gerichtlichen Höherfestsetzung der Abfindung könnte die Obergesellschaft den Unternehmensvertrag zwar kündigen, ohne sich jedoch von der Mehrbelastung befreien zu können. Eine Kündigung wirkt nur für die Zukunft. Die bereits abgefundenen Aktionäre hätten bei einem Abfindungsergänzungsanspruch Anspruch auf Nachzahlung der Differenz, die Obergesellschaft hat sich durch die Kündigung lediglich vor zukünftigen Abfindungsansprüchen befreit.

Es sind mehrere Versuche gemacht worden, diesen Konflikt zwischen Kündigungsrecht und Abfindungsergänzungsanspruch zu lösen. Eine Möglichkeit ist, in der Kündigungsregelung das Hauptargument gegen einen Abfindungsergänzungsanspruch zu sehen.¹ Dabei wird argumentiert, daß das Ergebnis auch der Billigkeit entspreche. Derjenige, der die ursprünglich angebotene Abfindung entgegengenommen habe, habe diese für angemessen gehalten. Er hätte auch den Ausgang des Spruchstellenverfahrens abwarten können.

Flume² schlägt vor, den Konflikt mit dem Kündigungsrecht durch Aufnahme eines Rücktrittsvorbehaltes zu lösen. Er untersucht zunächst, ob der Unternehmensvertrag an sich schon einen Rücktrittsvorbehalt beinhalte, da das herrschende Unternehmen das Angebot des Umtausches oder der Barabfindung nur unter den im Beherrschungsvertrag genannten Bedingungen hat vornehmen wollen. Flume kommt aber zu einem negativen Er-

1) Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 585; Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 305 Anm. 21; ebenfalls Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 88.

2) Flume, Abfindung, DB 1969, 1047.

gebnis. Die einfache Ankündigung des abfindungsverpflichteten Unternehmens, vom Kündigungsrecht im Falle einer abweichenden Spruchstellenentscheidung Gebrauch zu machen, sei jedenfalls noch kein verbindlicher Rücktrittsvorbehalt. Das Problem des Kündigungsrechtes könne aber mit einer Rücktrittsvereinbarung zwischen herrschendem Unternehmen und außenstehendem Aktionär gelöst werden. Das herrschende Unternehmen solle berechtigt werden, gegen Rückerstattung der bereits erhaltenen Abfindung die Aktien zurückzuübereignen, wenn das Gericht die Abfindung höher festsetzt. Angesichts der unglücklichen Regelung schlägt Flume vor, das Kündigungsrecht gemäß § 305 Abs. 5 S. 4 AktG de lege ferenda zu streichen.

Es ist Flume zuzustimmen, daß der Unternehmensvertrag nicht konkludent bereits einen Rücktrittsvorbehalt enthält. Auch ist richtig, daß die Möglichkeit besteht, zwischen außenstehendem Aktionär und abfindungsverpflichtetem Unternehmen eine Rücktrittsvereinbarung zu treffen. Jedoch ist dies nur möglich, wenn der außenstehende Aktionär einer solchen Vereinbarung ausdrücklich zustimmt. Eine einseitige Bedingung des herrschenden Unternehmens, daß der außenstehende Aktionär vor einer Spruchstellenentscheidung nur dann die Abfindung verlangen kann, wenn er entweder auf einen Ergänzungsanspruch verzichtet oder mit einem Rücktrittsrecht einverstanden ist, ist nicht zulässig. Der außenstehende Aktionär hat gemäß § 305 Abs. 1 AktG nur die Pflicht, seine Aktien gegen Entgegennahme der Abfindung einzureichen. Weitere Bedingungen sind in § 305 AktG nicht vorgesehen und würden mit dem Schutzzweck dieser Bestimmung im Widerspruch stehen. Der außenstehende Aktionär braucht sich auf eine Rücktrittsvereinbarung nicht einzulas-

sen, wenn er vor Abschluß des Spruchstellenverfahrens von der Abfindung Gebrauch machen will.

Das Problem des Kündigungsrechtes hängt von der Frage ab, wer bei der Abfindung das Risiko der Angemessenheit zu tragen hat. Das Gesetz selbst gibt darüber nicht eindeutig Auskunft. Das Kündigungsrecht für den Fall der abweichenden Spruchstellenentscheidung könnte das Risiko der Angemessenheit dem außenstehenden Aktionär auferlegen. Diese Auffassung könnte durch die Motivation des Gesetzgebers bei der Einführung des Kündigungsrechtes bestärkt werden, "um den anderen Vertragsteil einer bei Vertragsschluß nicht vorgesehenen Belastung auszusetzen".¹ Andererseits ist der außenstehende Aktionär nicht in der Lage, den Wert der Aktie "unter Berücksichtigung der Vermögens- und Ertragslage" (§ 305 Abs. 3 S. 2 AktG) zu beurteilen.

Die maßgeblichen Unterlagen sind nicht dem außenstehenden Aktionär, sondern dem herrschenden Unternehmen zugänglich. In ihrem Verhältnis zueinander hat nur die abfindungsverpflichtete Obergesellschaft konkrete Anhaltspunkte für den wahren Wert der Aktie. Dies spricht dafür, der Obergesellschaft das Risiko der Angemessenheit aufzuerlegen. Das Gesetz kann schlecht demjenigen ein Risiko aufbürden, der die wenigsten Möglichkeiten hat, sein Risiko einzuschätzen.

Das AktG hat sich zur Aufgabe gemacht, mit der Zulassung der Konzernbildung die Interessen der außenstehenden Minderheitsaktionäre zu schützen.² Dieser

1) Begr. z. RegE z. AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG S. 396.

2) Allgem. Begr. z. RegE z. AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG, S. 16.

Zweck würde dann verfehlt, wenn der außenstehende Aktionär das Risiko der Angemessenheit der Abfindung zu tragen hätte. Das herrschende Unternehmen könnte im Beherrschungsvertrag eine unangemessene Abfindung anbieten. Wäre der außenstehende Aktionär mit einem Abfindungsergänzungsanspruch ausgeschlossen, so müßte er sich mit dieser unzureichenden Abfindung zufrieden geben. Entscheidet er sich erst nach einer Spruchstellenentscheidung für die Abfindung, so wäre er während des regelmäßig jahrelang dauernden Spruchstellenverfahrens auf eine eventuell ebenfalls unzureichende Ausgleichszahlung angewiesen. Erhöht nun die Spruchstelle die Abfindung, so könnte das herrschende Unternehmen von seinem sofortigen Kündigungsrecht Gebrauch machen, und der außenstehende Aktionär könnte keine Abfindung mehr verlangen. Diese Nachteile sind mit dem Schutzzweck der §§ 304 ff. AktG nicht zu vereinbaren.

Bei der Abwägung, wem das Risiko der Unangemessenheit zuzumuten ist, sind auch die Folgen einer solchen Kündigung zu berücksichtigen. Eine Kündigung kann für die beherrschte Gesellschaft unabsehbare Konsequenzen haben, da nach jahrelanger Unternehmensbindung die beherrschte Gesellschaft so weit in die Obergesellschaft integriert ist, daß ihre selbständige Lebensfähigkeit gefährdet ist. In der Praxis kann davon ausgegangen werden, daß zwischen den Unternehmensleitungen beider Vertragspartner Interessensidentität besteht. Der Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft ist regelmäßig mit Vertrauenspersonen der Obergesellschaft besetzt. Ein Bruch der Unternehmensbindung wird eine sofortige Auswechslung der gesamten Firmenspitze der beherrschten Gesellschaft notwendig machen, da der Vorstand entweder seine Aufgabe nur im Zusammenwirken mit der Oberge-

sellschaft sieht und von sich aus zurücktritt oder die Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens eine solche Änderung der Führungsspitze zwingend erfordert.

Nach mehrjähriger Integration in die Organisationsstruktur und in das Marketingkonzept, verbunden mit einem Austausch von qualifiziertem Personal, dauert es einige Jahre, die völlige Selbständigkeit wiederherzustellen. Standen herrschendes und beherrschtes Unternehmen vor der Unternehmensbindung konkurrierend zueinander, so muß bezweifelt werden, daß jemals eine völlige Selbständigkeit wiederhergestellt werden kann. Der Obergesellschaft sind alle Firmengeheimnisse bekannt: sie konnte auf die Zukunftsplanung der beherrschten Gesellschaft Einfluß nehmen und nachteilige Geschäfte veranlassen. Durch die Nutzung des abhängigen Unternehmens während der Dauer des Spruchstellenverfahrens könnte das herrschende Unternehmen die abhängige AG so geschädigt haben, daß die abhängige AG nicht mehr konkurrenzfähig wäre.

Aus diesen Gründen kann nicht dem außenstehenden Aktionär das Risiko der Unangemessenheit aufgebürdet werden. Eine solche Risikoverteilung würde nicht dem Schutzzweck des § 305 AktG entsprechen.

Wenn hingegen dem herrschenden Unternehmen das Risiko für die Angemessenheit der Abfindung auferlegt wird, wird es nicht geschädigt. Das herrschende Unternehmen hat gemäß § 305 Abs. 1 AktG die Pflicht, gegen Einreichung der Aktien eine angemessene Abfindung zu gewähren. Erfüllt es diese Forderung, so kann das Gericht nur noch den Antrag auf Erhöhung der Abfindung abweisen, weil die angebotene Abfindung dem wahren Wert der Aktie entspricht. Die bereits vorher abgefundenen Aktionäre haben keinen Abfindungsergän-

zungsanspruch, sondern jetzt die Gewißheit, daß ihnen der wahre Wert für die Aktien bezahlt wurde. Ist die angebotene und die vom Gericht festgesetzte Abfindung geringfügig unterschiedlich, so ist die Nachzahlungsverpflichtung des herrschenden Unternehmens ebenfalls gering. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit, da das herrschende Unternehmen nur den wahren Wert für die bereits vorher erhaltenen Aktien zahlen muß. Durch den Nachzahlungsanspruch wird zwar die Bedeutung des Kündigungsrechtes vermindert, jedoch wird durch eine Bejahung des Abfindungsergänzungsanspruchs weder das herrschende Unternehmen noch der außenstehende Aktionär geschädigt.

Es darf somit festgehalten werden, daß ein Abfindungsergänzungsanspruch zwar zu einer Einengung des Kündigungsrechtes führt, dies jedoch wegen der Interessenlage hingenommen werden muß. Die Kündigungsregelung schließt einen Abfindungsergänzungsanspruch nicht aus. Die fehlende Verzinsungspflicht der Barabfindung könnte jedoch einem solchen Anspruch entgegenstehen.

C. Fehlende Verzinsung

Steht den außenstehenden Aktionären eine Barabfindung zu, so ist eine Verzinsung dieser Abfindung im Gesetz nicht vorgesehen. Dies steht im Gegensatz zu den entsprechenden Abfindungsregelungen bei der Eingliederung. Gemäß § 320 Abs. 5 AktG ist die Barabfindung den ausgeschiedenen Aktionären mit 5% seit

dem Tage der Eintragungsbekanntmachung zu verzinsen. Daraus könnte der Schluß gezogen werden, daß sich der Gesetzgeber nur zwei alternative Handlungsweisen des außenstehenden Aktionärs vorgestellt hat:

- 1) Der außenstehende Aktionär wartet den Ausgang des Spruchstellenverfahrens ab und erhält während dieser Zeit die Ausgleichszahlung. Nach Abschluß des Verfahrens kann er gegebenenfalls die Abfindung verlangen. Die Ausgleichszahlung tritt während der Laufzeit des Verfahrens an Stelle der Verzinsung.
- 2) Der außenstehende Aktionär nimmt das Abfindungsangebot an und übereignet der Obergesellschaft seine Aktien. Die Abfindung kann er selbst verzinslich anlegen, so daß für eine Verzinsungspflicht zunächst keine Notwendigkeit besteht.

Aus dieser fehlenden Verzinsungspflicht könnte gefolgert werden, daß der Gesetzgeber nicht vom Bestehen eines möglichen Abfindungsergänzungsanspruches ausgegangen ist, anderenfalls er eine Zinsregelung für einen Nachzahlungsanspruch vorgesehen hätte.¹

Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht zwingend. Die Frage nach einem möglichen Abfindungsergänzungsanspruch wurde erstmals mehrere Jahre nach der Novelle des Aktiengesetzes gestellt. Während des Gesetzgebungsverfahrens ist die Problematik nicht diskutiert worden, so daß dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er habe eine lückenlose Abfindungsregelung getroffen. Ausgangspunkt ist, daß der außenstehende Aktionär einen gesetzlichen Anspruch auf eine ange-

1) So Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 520, 589.

messene Abfindung hat. Bei einer abändernden Spruchstellenentscheidung steht fest, daß die vorher gezahlte Abfindung unangemessen war. Der gesetzliche Anspruch ist damit nur teilweise erfüllt worden. Obwohl eine Verzinsungspflicht nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, kann ein Zinsausfall von der Spruchstelle im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens Berücksichtigung finden. Darüberhinaus entsteht allenfalls nur ein geringfügiger Zinsausfall, nämlich nur bei dem Betrag, der der Differenz zwischen angebotener und angemessener Abfindung entspricht.

Die Ablehnung eines Abfindungsergänzungsanspruchs würde gerade bei einer völlig unzureichenden Abfindung zu unbilligen und vom gesetzgeberischen Willen nicht gedeckten Ergebnissen führen. Demjenigen Aktionär, der ohne Einblick in den wahren Wert der Aktie eine unzureichende Abfindung entgegengenommen hat, würde der Schutz des Spruchverfahrens versagt werden, obwohl gerade er Leitbild für den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Verfahrens war und in einem solchen Falle dieses Schutzes auch am meisten bedarf. Die Folgerung aus der Anwendung der Gegenansicht wäre eine Verkehrung des gesetzgeberischen Willens. Nur die "klugen" außenstehenden Aktionäre mit eigenem Beurteilungsvermögen und Anhaltspunkten zur Bestimmung des Aktienwertes würden eine angemessene Abfindung erhalten. Sie haben erkannt, daß die angebotene Abfindung unangemessen war und warten den Ausgang des Verfahrens ab. Sinn des Spruchstellenverfahrens ist aber eine Überprüfung der Abfindung für alle außenstehenden Aktionäre.

Die bisherigen Ausführungen haben die möglichen Einwände gegen einen Abfindungsergänzungsanspruch untersucht und sind zu dem Ergebnis gelangt, daß weder der Abfindungsvorgang, noch die Kündigungs- und fehlende Verzinsungsregelung einem Abfindungsergänzungsanspruch entgegenstehen.

Ein Argument für den Abfindungsergänzungsanspruch könnte die Rückwirkung der Spruchstellenentscheidung sein.

D. Rückwirkung

Bestimmt die Spruchstelle rückwirkend zum Tage der beschlußfassenden Hauptversammlung die angemessene Abfindung, so wäre auch der bereits Abgefundene von dieser Entscheidung begünstigt. Zu diesem Zeitpunkt war er noch außenstehender "Aktionär". Seine fehlende Aktionärseigenschaft bei Rechtskraft der Entscheidung würde ihn nicht von den Vorteilen der abändernden Spruchstellenentscheidung ausschließen.¹ Selbst nach

1) So : Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier, 1969, 3 ff.; E. Gebler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 74; Flume, Abfindung, DB 1969, 1047; Tiling-Prasse, Entscheidung nach § 305, AG 1969, 63 ff.; widersprüchlich: Möhring-Tank, Handbuch der AG, RZ 765, 766; siehe aber: Hüchtling, Abfindung und Ausgleich, S. 85 ff.; Biedenkopf-Koppensteiner, Köln. Komm. z. AktG, § 305 Anm. 21; Vogt, Abfindung, Das Wertpapier, 1969, 520 ff.; Veith, Wirkung der gerichtlichen Entscheidung, DB 1969, 1737.

Obereignung seiner Aktien hätte er sich nicht völlig von den Parteien des Unternehmensvertrages gelöst; durch seinen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Abfindung, der bisher nur teilweise erfüllt wäre, hätte er weiterhin eine Rechtsbeziehung zur Obergesellschaft. Eine rückwirkende Höherfestsetzung der Abfindung würde für ihn zu einem Abfindungsergänzungsanspruch führen.

Ansatzpunkt für die Frage der Rückwirkung ist die gesetzliche Formulierung, daß die Spruchstelle auf Antrag die "vertraglich zu gewährende Abfindung bestimmt" (§ 305 Abs. 5 S. 2 AktG). Die Entscheidung soll weiterhin "für und gegen alle wirken" (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG). Eine ausdrückliche Bestimmung über eine Rückwirkung der Entscheidung fehlt aber.

Vogt¹ verneint die Rückwirkung der Spruchstellenentscheidung. §§ 306 Abs. 2 i.V.m. § 99 Abs. 5, S. 2 AktG ("die Entscheidung wirkt für und gegen alle") könne nicht so verstanden werden, daß sie auch zu Gunsten oder zu Lasten der außenstehenden Aktionäre, der Obligationäre, der Arbeitnehmer und der Gläubiger wirke. Dieser Gesetzeswortlaut müsse vielmehr so ausgelegt werden, daß die Entscheidung für und gegen alle wirke, die von ihr in irgendeiner Form betroffen werden können, zeitlich limitiert durch Abschluß des Unternehmensvertrages. Läßt sich im Gesetz aber keine ausdrückliche Anordnung für die Rückwirkung finden, so müsse die Annahme der Rückwirkung als willkürlich abgelehnt werden. Die Spruchstellenentscheidung wirke folglich für und gegen alle, "die im Zeitpunkt der

1) Vogt, Abfindung, Das Wertpapier 1969, 520 ff.

Rechtskraft von ihr noch betroffen werden können". Diejenigen, die vor Rechtskraft der Entscheidung vom Abfindungsangebot im Beherrschungsvertrag Gebrauch gemacht hätten, könnten deshalb nicht von einer Änderung des Angebotes durch die gerichtliche Entscheidung betroffen werden, weil für sie das Angebot schon durch Annahme erloschen sei. Daher können sie auch nicht Inhaber eines Nachzahlungsanspruchs sein.

Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Schon der Wortlaut des Gesetzes ("das Gericht bestimmt die vertraglich zu gewährende Abfindung") deutet auf eine Rückwirkung hin. Mit der Formulierung "vertraglich zu gewährende Abfindung" kann der Gesetzgeber gemeint haben, daß die richterliche Wertfeststellung an Stelle der vertraglich angebotenen Abfindung tritt. Vertraglich zu gewähren war die Abfindung zum Zeitpunkt der beschlußfassenden Hauptversammlung, so daß auch die richterliche Leistungsbestimmung auf diesen Zeitpunkt zurückwirkt.

Diese Interpretation wird von dem maßgeblichen Zeitpunkt der Barabfindung unterstützt. Gemäß § 305 Abs. 3 S. 2 AktG muß die angemessene Barabfindung die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft im "Zeitpunkt der Beschlußfassung ihrer Hauptversammlung berücksichtigen". Dieser Zeitpunkt kann nur deshalb Bezugspunkt der Entscheidung sein, weil sie auf diesen Zeitpunkt zurückwirkt. Würde die Spruchstellenentscheidung den Unternehmensvertrag nur für die Zukunft ab dem Eintritt der formellen Rechtskraft ändern, so wäre diese gesetzliche Zeitbestimmung unverständlich.

Die Unzulässigkeit einer Leistungsklage neben dem Spruchstellenverfahren unterstützt die Argumenta-

tion für eine Rückwirkung der Entscheidung. Dem Richter wurde vom Gesetzgeber, die Aufgabe zugewiesen, für alle außenstehenden Aktionäre die Angemessenheit der Abfindung zu überprüfen und bei einer Unangemessenheit diese neu festzusetzen. Wenn den außenstehenden Aktionären, die die Abfindung vor Rechtskraft der Spruchstellenentscheidung verlangen wollen, eine Leistungsklage gegen die Obergesellschaft verwehrt ist, so kann der Grund nur in einer rückwirkenden Spruchstellenentscheidung liegen. In diesem Falle ist eine Leistungsklage überflüssig, weil die Spruchstellenentscheidung auch für sie die Angemessenheit der Abfindung bestimmt. Die Formulierung des Gesetzes "die Entscheidung wirkt für und gegen alle" (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG) wird mit einer solchen Interpretation verständlich. Damit bestimmt die Spruchstelle rückwirkend die angemessene Abfindung.

Die Rückwirkung der Entscheidung spricht für einen Abfindungsergänzungsanspruch bereits abgefundener Aktionäre. Sie haben nach einer gerichtlichen Höherfestsetzung nur eine Teilleistung erhalten und können gegen die Obergesellschaft einen Nachzahlungsanspruch geltend machen. Ein weiteres Argument für diesen Abfindungsergänzungsanspruch kann aus den Verfahrensregeln und aus der Zielsetzung des Gesetzgebers gewonnen werden.

E. Verfahrensziele

Die Zielsetzung des Spruchstellenverfahrens und die Verfahrensregeln könnten zum Ausdruck bringen, daß alle außenstehenden Aktionäre eine angemessene Abfindung erhalten sollen, gleichgültig, wann sie sich innerhalb der gegebenen Fristen für die Abfindung entscheiden. Das Spruchstellenverfahren ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 1 AktG). Dies ist nicht zufällig, da die Verfahrensregeln des FGG besonders geeignet sind, den vom Gesetzgeber gewünschten "sozialen Ausgleich" zwischen dem Konzernunternehmen und der Vielzahl der betroffenen außenstehenden Aktionären zu gewährleisten. Der Gesetzgeber sah sich veranlaßt, einem Richter diese "fürsorgerische Tätigkeit" anzuvertrauen, weil der Gesetzgeber selbst durch Zulassung der Konzernbindung den Vermögenseingriff ermöglicht hat. Diese generelle Zielsetzung des Gesetzgebers betrifft alle außenstehende Aktionäre, unabhängig, wann sie sich für die Abfindung entschieden haben.

Die Verfahrensregeln könnten diesen ausgedehnten Schutz unterstützen. Der Schutzzweck des Verfahrens kommt deutlich durch den Untersuchungsgrundsatz zum Ausdruck. Die außenstehenden Aktionäre müssen nicht den Beweis dafür erbringen, daß die angebotene Abfindung unangemessen ist, sondern der Richter selbst ermittelt den wirklichen Wert der Aktie. Der einzelne Aktionär wäre zu einer solchen Beweisführung zumeist nicht in der Lage, so daß die Ermittlungstätigkeit des Richters eine Gewährleistung für eine angemessene Abfindung sein soll. Der Richter ermittelt nur auf Antrag, jedoch nicht allein im Interesse der

Antragsteller. Der Richter ermittelt im Interesse aller außenstehenden Aktionäre, die von der Spruchstellenentscheidung betroffen werden können. Durch die Rückwirkung der Entscheidung gilt dies auch für bereits abgefundene Aktionäre.

Die außenstehenden Aktionäre, die nicht selbst Antragsteller sind und wegen Ablaufs der Ausschußfrist auch künftig nicht aktiv auf das Verfahren Einfluß nehmen können, werden durch den "gemeinsamen Vertreter" repräsentiert. Er nimmt ihren Anspruch auf rechtliches Gehör wahr. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser gemeinsame Vertreter nicht auch die Vermögens- und Verfahrensinteressen der bereits abgefundenen Aktionäre wahrnimmt. Die Rückwirkung der Entscheidung berührt auch diese ehemaligen Aktionäre, so daß der gemeinsame Vertreter auch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör ausübt.

Das Spruchstellenverfahren soll die außenstehenden Aktionäre nur begünstigen. Es gilt das Verbot der *reformatio in peius*. Ist die im Unternehmensvertrag angebotene Abfindung angemessen, so wird der Antrag des außenstehenden Aktionärs abgewiesen. Von einer Höherfestsetzung der Abfindung werden zunächst die Antragsteller betroffen, darüberhinaus auch diejenigen, deren Verfahrensrechte vom gemeinsamen Vertreter gewahrt werden, somit auch die bereits abgefundenen Aktionäre.

Die Zielsetzung und die besonderen Regeln des Spruchstellenverfahrens sprechen damit für einen Abfindungs-ergänzungsanspruch des bereits abgefundenen Aktionärs. Das Spruchstellenverfahren könnte neben dem Schutz des Aktionärs auch noch einen allgemeinen

Wettbewerbsgedanken dienen und auch aus diesem Grunde eine Garantie für einen realen Wertausgleich aller abgefundenen Aktionäre sein.

Das Aktienrecht hat neben seiner Regelungsfunktion die Aufgabe, den Wettbewerb zwischen Unternehmen aufrecht zu erhalten und Machtkonzentrationen möglichst zu verhindern.¹ Machtkonzentrationen entstehen, wenn der Erwerb von Unternehmen preislich vorteilhaft ist. Das Spruchstellenverfahren kann hier als Preisbarriere fungieren, indem es die Obergesellschaft verpflichtet, allen außenstehenden Aktionären eine angemessene Abfindung zu zahlen, unabhängig wann sie sich für die Abfindung entschieden haben. Die Abfindung muß dem realen Wert der Aktie entsprechen, so daß die Obergesellschaft keine Chance hat, durch ein unzureichendes Abfindungsangebot, Aktien der Minderheit zu unangemessenem Preis zu erwerben. Dieser Gesichtspunkt spricht ebenfalls für einen Abfindungsergänzungsanspruch bereits abfundener Aktionäre.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß sowohl die Rückwirkung der Spruchstellenentscheidung als auch die besonderen Verfahrensregeln für einen Abfindungsergänzungsanspruch sprechen. Ein weiteres Argument für diesen Abfindungsergänzungsanspruch könnte die Qualifizierung der Spruchstellenentscheidung als Gestaltungsentscheidung sein.

1) Vergl. hierzu ausführlich: Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 50 ff.; anders jedoch Begr. z. RegE z. AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG, S. 374.

F. Gestaltungsentscheidung

Ausgangspunkt für die Untersuchung der Entscheidungswirkung im Spruchstellenverfahren gemäß § 306 AktG war anfänglich vereinzelt die Frage, ob diese Entscheidung Feststellungs- oder Gestaltungswirkung hat.¹ Mayer-Landrut/Miller führten z.B. aus, daß eine Ausdehnung der Rechtskraft auf bereits abgefundene Aktionäre nur angenommen werden könne, wenn der Beschluß der Spruchstelle eine rückwirkende Gestaltungsentscheidung sei. Gestaltungsentscheidungen wirkten rechtsbegründend und "damit automatisch für und gegen alle". Die Spruchstellenentscheidung im früheren Umwandlungsrecht sei eine Feststellungsentscheidung gewesen; der Gesetzgeber des Aktiengesetzes habe nicht erkennen lassen, daß er die Rechtslage habe ändern wollen.²

-
- 1) Vergl. Mayer-Landrut/Miller, Außenstehender Aktionär, DB 1969, 1391 ff.
Die Abgrenzung ist terminologisch recht schwierig. Ein gutes Beispiel für die unklare Terminologie findet sich bei Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Übers. 2 B vor § 300, der ausführt: "Gewissen Feststellungsurteilen weist die Gesetzgebung auch rückwirkende Gestaltungswirkung zu. Es ist aber falsch, eine Gestaltungswirkung einem Feststellungsurteil schon deshalb beizulegen, weil es für und gegen alle wirkt."
- 2) Mayer-Landrut/Miller, Außenstehender Aktionär, DB 1969, 1392, 1393.

In der neueren Literatur wird von diesem Ansatzpunkt zurecht nicht mehr das Bestehen eines Abfindungsergänzungsanspruchs abhängig gemacht, da sowohl eine Feststellungs- wie auch eine Gestaltungsentscheidung Rückwirkung haben kann.¹ Die Frage hat aber bei der Diskussion um den Abfindungsergänzungsanspruch eine Rolle gespielt, so daß zur Vervollständigung hierauf kurz eingegangen werden soll.

Das Charakteristische einer Gestaltungsentscheidung ist, daß durch die Entscheidung selbst die materielle Rechtslage geändert wird, wohingegen eine Feststellungsentscheidung einen außerhalb des Verfahrens bereits eingetretenen Rechtszustand deklaratorisch feststellt.² Bei Gestaltungsentscheidungen ist zunächst zwischen zwei Gruppen zu differenzieren: denjenigen mit ex-nunc-Wirkung und denjenigen, die rückwirkend die

1) Würdinger in Großkomm. z. AktG § 305 Anm. 20 geht von einer rückwirkenden Gestaltungsentscheidung aus. So im Ergebnis auch E. Geßler, Komm. z. AktG, § 304 Anm. 130; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm. z. AktG, § 304 Anm. 34, § 305 Anm. 24; Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 183.

2) Vergl. Schönke-Kuchinke, ZPO S. 183.

Rechtslage verändern. Zu den ersteren gehören zum Beispiel die Eheaufhebungsklage (§§ 29 ff. EheG), die Klage auf Aufhebung einer OHG oder Ausschließung eines OHG-Gesellschafters (§§ 133, 140 HGB), die Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft (§§ 1447 ff. BGB) oder die Klage auf Auflösung der GmbH (§§ 60 ff. GmbHG).

Bei den Gestaltungsentscheidungen mit ex-tunc-Wirkung ist wiederum zwischen zwei Typen zu differenzieren: Zunächst gehören zu den Gestaltungsentscheidungen mit rückwirkender Kraft z.B. die Ehenichtigkeitsklage (§§ 17 ff. EheG), die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (§§ 1594 ff. BGB), die Erbunwürdigkeitsklage (§§ 2342 ff. BGB), die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses einer AG (§§ 241 ff. AktG) oder eines Generalversammlungsbeschlusses einer Genossenschaft (§ 51 GenG). Hier knüpft das Gericht an einen außerprozessualen Tatbestand als Nichtigkeitsgrund an und vollzieht die Gestaltung der Rechtslage durch eine "Feststellung" des Nichtigkeitsgrundes. Im Unterschied zu einem Feststellungsurteil, bei dem rein deklaratorisch ein schon bestehendes Rechtsverhältnis festgestellt wird, ändert die gestaltende Entscheidung die Rechtslage unmittelbar, da nur durch den staatlichen Hoheitsakt die Nichtigkeit eintritt.¹

Ein anderer Typ der rückwirkenden Gestaltungsentscheidung ist die gerichtliche Leistungsbestimmung gemäß §§ 315 ff. BGB. Hier bestimmt das Gericht durch Urteil die geschuldete Leistung, setzt sie herab oder

1) Staab, Gestaltungsklage, S. 22; Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 17.

verteilt sie auf mehrere Beschuldigte. Die Folge einer solchen Gestaltungsentscheidung ist, daß die durch den staatlichen Hoheitsakt bestimmte Leistung "als die von Anfang an geschuldete" gilt.¹ Solche Gestaltungsentscheidungen sind weiterhin die richterliche Herabsetzung einer Leistung gemäß §§ 343, 655 BGB oder die richterliche Verteilung gemäß § 660 Abs. 1, S. 2 BGB.

Als Gestaltungsentscheidung des letzteren Typus kommt auch die Spruchstellenentscheidung gemäß §§ 306 Abs. 2 i.V.m. 99 Abs. 5 AktG in Betracht. Auch hier bestimmt das Gericht die vertraglich zu gewährende Abfindung (§ 305 Abs. 5, S. 2 AktG). Diese Formulierung besagt, daß durch den staatlichen Hoheitsakt eine richterliche Vertragsgestaltung erfolgt. Die Spruchstellenentscheidung wird hinsichtlich der Abfindungshöhe Bestandteil des Unternehmensvertrages.²

Gestaltungsentscheidungen wirken nach Eintritt der formellen Rechtskraft "für und gegen alle". Dies ist die Folge der Gestaltungswirkung und der durch sie bewirkten Änderung der materiellen Rechtslage. Aus diesem Grunde befindet sich bei den als typisch angesehenen rückwirkenden Gestaltungsclagen, der Ehenichtigkeitklage und der Anfechtung der Ehelichkeit

1) Vergl. Rosenberg-Schwab, ZPO, § 95 I, 495.

2) So auch Flume, Abfindung, DB 1969, 1047; Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier 1969, 4; Tiling-Prasse, Entscheidung nach § 305, AG 1969, 63; E. Geßler, Komm. z. AktG, § 305 Anm. 74; Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 305 Anm. 20.

eines Kindes die gesetzliche Formulierung "... das Urteil wirkt für und gegen alle" (§§ 636a, 640h ZPO). Bei der Gestaltungsentscheidung der Spruchstelle findet sich ebenfalls folgerichtig die gesetzliche Formulierung "die Entscheidung wirkt für und gegen alle" (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG).

Die oben genannten Gründe berechtigten zu der Schlußfolgerung, daß auch die Spruchstellenentscheidung eine Gestaltungsentscheidung ist. Durch sie wird rückwirkend in den Unternehmensvertrag eingegriffen und für und gegen alle die angemessene Abfindung bestimmt. Diese Zuordnung spricht nach dem Kriterium der älteren Literaturmeinung für das Bestehen eines Abfindungsergänzungsanspruchs.

Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob der im Aktiengesetz geltende Gleichbehandlungsgrundsatz das Bestehen eines Abfindungsergänzungsanspruchs unterstützt.

G. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der im Aktiengesetz geltende Gleichbehandlungsgrundsatz¹ könnte zu der Schlußfolgerung führen, daß alle außenstehenden Aktionäre einen gleich hohen Abfindungsanspruch haben, unabhängig, wann sie sich für die Abfindung entscheiden. Der bereits abgefundene

1) Hueck, Götz, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 44 ff.; Baumbach-Hueck, AktG, § 11 Anm. 2 m.w.N.; Schmidt-Meyer-Landrut, GroBkomm. z. AktG, § 1 Anm. 12; RGZ 132, 165; 143, 300; BGHZ 20, 369; 21, 354; 33, 175; Cohn, Gleichbehandlungsgrundsatz, AcP Bd. 132, S. 129.

Aktionär hätte folglich bei Höherfestsetzung der Abfindung einen Abfindungsergänzungsanspruch.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist Ausdruck einer Gerechtigkeitsvorstellung. Er wird entweder aus dem Verfassungsrecht (Art. 3 GG) oder aus dem Gebot von Treu und Glauben hergeleitet¹ und ist im Aktienrecht allgemein anerkannt. Jeder Aktionär hat das Recht, unter gleichen Voraussetzungen ebenso behandelt zu werden wie die übrigen Aktionäre.² Gemeinsame Basis der Rechtsbeziehungen zwischen außenstehenden Aktionären und der Obergesellschaft ist der Unternehmensvertrag. Alle außenstehenden Aktionäre stehen dem "Innenstehenden" des Unternehmensvertrages gegenüber und haben Anspruch auf die im Vertrag angebotene Abfindung. Die Spruchstellenentscheidung ändert rückwirkend den Unternehmensvertrag "für und gegen alle". Fraglich ist, ob die Entgegennahme der Abfindung vor Rechtskraft der Entscheidung eine Schlechterstellung gegenüber den noch nicht abgefundenen Aktionären rechtfertigt.

Die Entgegennahme der Abfindung vor Rechtskraft der Entscheidung beinhaltet keinen Verzicht auf einen Nachzahlungsanspruch oder eine Einverständniserklärung mit der Höhe der Abfindung. Ein Abfindungsergänzungsanspruch führt nicht zu einem finanziellen Vorteil des bereits abgefundenen Aktionärs. Durch die Nachzahlung wird ihm die gleiche Abfindung gewährt wie allen anderen außenstehenden Aktionären. In der Zeit, in der er seine Teilabfindung nutzen

1) Vergl. hierzu Godin-Wilhelmi, Komm. z. AktG, § 1 Anm. 4 m.w.N.

2) Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, § 11 Anm. 2.

konnte, erhielten die anderen außenstehenden Aktionäre die Ausgleichszahlung. Kündigt die Obergesellschaft nach der abändernden Spruchstellenentscheidung, so entfällt zwar künftig ein Abfindungsanspruch, jedoch behalten die Aktionäre ihre Aktien. Derjenige, der seine Aktien bereits der Obergesellschaft übereignet hat, erhält den realen Vermögenswert der Aktie.

Das Risiko der Angemessenheit der Abfindung hat die Obergesellschaft zu tragen, nicht der außenstehende Aktionär. Damit kann ihm nicht der Vorwurf einer risikolosen Spekulation gemacht werden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll allen außenstehenden Aktionären ein voller Vermögensausgleich durch die Abfindung gewährt werden. Das Gesetz gibt keinen Hinweis, den bereits vor Spruchstellenentscheidung Abgefundenen schlechter zu stellen. Gibt es folglich keine Gründe für eine Schlechterstellung des bereits abgefundenen Aktionärs, so ist auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Aktienrechts ein Abfindungsergänzungsanspruch herzuleiten.

Ergebnis

Eine Abwägung der Interessenlage und die Untersuchung der Abfindungsregelungen führen zu einem Abfindungsergänzungsanspruch der bereits vor Rechtskraft der Spruchstellenentscheidung abgefundenen Aktionäre. Die wirtschaftliche Ausgangslage zeigt die Obergesellschaft im Vergleich mit den außenstehenden Aktionären in einer dominierenden Position. Die Obergesellschaft hat die finanziellen und personellen Voraussetzungen, den wahren Wert des beherrschten Unternehmens zu erkennen. Diese Voraussetzungen fehlen den außenstehenden Aktionären. Der Gesetzgeber hat mit der Kodifizierung des Konzernrechts Unternehmensbindungen aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten zugelassen, gleichzeitig jedoch zum Ausdruck gebracht, daß der herausgedrängten Minderheit ein voller Vermögensausgleich zukommen muß. Diese Überlegungen treffen auf alle außenstehende Aktionäre zu, gleichgültig, wann sie sich für die Abfindung entschieden haben.

Eine Untersuchung des Spruchstellenverfahrens führt ebenfalls zu einem Abfindungsergänzungsanspruch bereits abgefundener Aktionäre. Das Verfahren ist ein echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Zuweisung ins FGG ist nicht zufällig. Der Richter hat die Aufgabe, einen "sozialen Ausgleich" zwischen dem Konzerninteresse und der Vielzahl der betroffenen Minderheitsaktionäre herbeizuführen. Diese "fürsorgerische Aufgabe" wird durch die Verfahrensregeln und die Wirkung der Entscheidung ermöglicht. Das Spruchstellenverfahren dient dem Schutz aller außenstehenden Aktionäre, in deren Vermögensrecht durch den Unternehmensvertrag

eingegriffen wird; gleichgültig ist, wann sie sich innerhalb der entsprechenden Fristen für die Abfindung entschieden haben. Der Untersuchungsgrundsatz gibt dem Richter im Interesse aller außenstehenden Aktionäre die Möglichkeit, durch eigene Ermittlungen den wahren Aktienwert festzustellen. Die außenstehenden Aktionäre wären zu einer eigenen Beweisführung nicht in der Lage. Neben dem Spruchstellenverfahren ist die Erhebung einer Leistungsklage unzulässig, da das Spruchstellenverfahren für den Vermögensschutz der außenstehenden Aktionäre ausreicht.

Durch die Abfindungserhöhung wird rückwirkend in den Unternehmensvertrag eingegriffen. Die vom Richter gefundene angemessene Abfindung ersetzt den ursprünglich im Unternehmensvertrag angebotenen Wert. Die Spruchstellenentscheidung wirkt auf den Tag der beschlußfassenden Hauptversammlung zurück. Zu diesem Zeitpunkt waren auch die bereits Abgefundenen noch "außenstehende Aktionäre", so daß der Verlust ihrer Aktionärseigenschaft durch Abfindungsentgegennahme einem Abfindungsergänzungsanspruch nicht entgegensteht. Die Höherfestsetzung der Abfindung durch die Spruchstelle beinhaltet auch die Feststellung, daß die ursprüngliche Abfindung nicht angemessen war. Die bereits Abgefundenen haben demnach nur eine Teilleistung erhalten und bleiben durch ihren Nachzahlungsanspruch in einem Rechtsverhältnis zur Obergesellschaft. Der gemeinsame Vertreter nimmt im Spruchstellenverfahren auch den Anspruch auf rechtliches Gehör für die bereits Abgefundenen wahr. Im Verfahren gilt das Verbot der reformatio in peius, so daß alle außenstehenden Aktionäre, einschließlich der bereits

Abgefundenen, in den Genuß einer Höherfestsetzung der Abfindung kommen, ohne das Risiko einer Herabsetzung der Abfindung zu haben.

Die Spruchstellenentscheidung ist eine Gestaltungsentscheidung, die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit typisch ist. Durch sie wird rechtsgestaltend in den Unternehmensvertrag und in den mit ihm als Anhängsel verbundenen speziell aktienrechtlichen Abfindungsvertrag eingegriffen. Die Abfindungshöhe dieser Verträge wird geändert, so daß als Folge der geänderten Wertfestsetzung der bereits Abgefundene einen Nachzahlungsanspruch hat.

Das Spruchstellenverfahren dient auch als Preisbarriere für eine unerwünschte Machtkonzentration. Der Richter soll allen außenstehenden Aktionären zu einer angemessen hohen Abfindung verhelfen. Ein Abfindungsergänzungsanspruch verhindert den Erwerb der Aktien durch die Obergesellschaft gegen eine unangemessene Abfindung.

Der Abfindungsergänzungsanspruch läßt sich auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herleiten. Alle außenstehenden Aktionäre haben Anspruch auf eine gleich hohe Abfindung. Bereits abgefundene Aktionäre erhalten durch den Nachzahlungsanspruch keinen finanziellen Vorteil. Während sie die bereits erhaltene Teilabfindung selbst verzinslich anlegen, erhalten die übrigen außenstehenden Aktionäre die Ausgleichszahlung.

Ein Abfindungsergänzungsanspruch ist nicht durch den Erklärungswert des Abfindungsvorgangs ausge-

geschlossen. Durch einfaches Einreichen der Aktien wird weder ein Erlaßvertrag, noch ein Vergleich, noch ein Kaufvertrag geschlossen. Die Abfindungsentgegennahme ist die Ausübung einer Option für einen Vertrag sui generis. Das Kündigungsrecht der Obergesellschaft bei einer abweichenden Spruchstellenentscheidung steht einem Abfindungsergänzungsanspruch ebenfalls nicht entgegen. Es wird zwar durch diesen Anspruch eingeschränkt, jedoch muß dies wegen der Interessenlage hingenommen werden. Die Obergesellschaft hat das Risiko der Angemessenheit zu tragen.

Auch die fehlende Verzinsungspflicht steht einem Abfindungsergänzungsanspruch nicht entgegen. Ein eventueller Zinsausfall kann von der Spruchstelle bei der Angemessenheitsprüfung mit berücksichtigt werden.

Als Fazit ist hier festzuhalten: Der bereits vor Rechtskraft der Spruchstellenentscheidung abgefundene außenstehende Aktionär kann bei einer gerichtlichen Höherfestsetzung der Abfindung einen Abfindungsergänzungsanspruch gegen die Obergesellschaft geltend machen.

DRITTER TEIL: AUSGLEICHSERGÄNZUNGSANSPRUCH

Die Auswirkung der Spruchstellenentscheidung auf die Ausgleichszahlung wurde in den bisherigen Erörterungen ausgeklammert. Dies soll nunmehr nachgeholt werden, wobei insbesondere auf einen Ausgleichsergänzungsanspruch eingegangen wird. Gemäß § 304 AktG muß ein Gewinnabführungsvertrag für die außenstehenden Aktionäre eine "auf die Aktiennennbeträge bezogene wiederkehrende Geldleistung (Ausgleichszahlung) vorsehen". Ein Beherrschungsvertrag, der nicht mit einem Gewinnabführungsvertrag kombiniert ist, muß den außenstehenden Aktionären ebenfalls einen angemessenen Ausgleich garantieren (§ 304 Abs. 1 AktG). Ein Unternehmensvertrag ohne Ausgleichszahlung ist nichtig (§ 304 Abs. 3 AktG); das Registergericht darf einen solchen Vertrag nicht eintragen.¹

Ist die gewährte Ausgleichszahlung unangemessen,² so bestimmt die Spruchstelle auf Antrag der außenstehenden Aktionäre die angemessene Ausgleichszahlung. Für das Verfahren gelten die gleichen Grundsätze wie für die Überprüfung der angemessenen Abfindung, so daß hier auf die Ausführung im Ersten Teil und auf die Ergebnisse im Zweiten Teil dieser Arbeit verwiesen werden kann.

Durch die Erhöhung der Ausgleichszahlung wird rückwirkend der Unternehmensvertrag geändert. Die außenstehenden Aktionäre, die die Ausgleichszahlung erhalten haben, können gegen die Obergesellschaft

1) Siehe hierzu Baumbach-Hueck, AktG, § 304 Anm. 10.

2) Siehe hierzu Baur, Dividendengarantie, Das Wertpapier, 1969, 91; Berger, Garantierte Dividenden, DB 1956, 1094; Meiticke, Ausgleichszahlung, DB 1974, 417; Meister, Ausgleichsanspruch, WM 1976, 1182; Petersen, Konzentrationsrente, Diss. S. 1 f.

einen Ausgleichsergänzungsanspruch geltend machen. Diese kann sich nach abweichender Spruchstellenentscheidung durch sofortige Kündigung des Vertrages zwar vor künftigen Ausgleichszahlungen schützen (§ 304 Abs. 5 AktG), wegen der ex nunc-Wirkung der Kündigung besteht jedoch ein Ausgleichsergänzungsanspruch auf die bereits erhaltenen Zahlungen. Den außenstehenden Aktionären ist die Differenz zwischen dem bisher erhaltenen und dem vom Gericht für angemessen befundenen Ausgleich nachzuzahlen.

Problematisch ist, ob ein Abfindungsergänzungsanspruch und zugleich ein Ausgleichsergänzungsanspruch verlangt werden kann. Diese Frage taucht bei folgendem Sachverhalt auf:

Ein außenstehender Aktionär verhält sich nach Abschluß eines Unternehmensvertrages völlig passiv. Er gibt keine ausdrücklichen Erklärungen ab und nimmt kommentarlos die Ausgleichszahlungen entgegen. Nach einigen Jahren verlangt er, vor Abschluß des eingeleiteten Spruchstellenverfahrens die angebotene Abfindung. Die Spruchstelle erhöht sowohl den Ausgleich wie auch die Abfindung.

Kann der außenstehende Aktionär nach Empfang der Ausgleichszahlung nachträglich die Abfindung verlangen oder hat er sich endgültig konkludent für die Ausgleichszahlung entschieden? Wenn er auch noch nachträglich die Abfindung verlangen kann, werden ihm die bereits erhaltenen Beträge angerechnet oder kann er bei einer abweichenden Spruchstellenentscheidung sowohl den Ausgleichsergänzungsanspruch wie auch einen Abfindungsergänzungsanspruch geltend machen?

Lehmann-Tolkmitt geht davon aus, daß der außenstehende Aktionär, der die Ausgleichszahlung entgegennimmt, ein Wahlrecht ausübt, das einem späteren Abfindungsverlangen entgegensteht. Zur Begründung beruft er sich auf den Willen der Parteien des Unternehmensvertrages. Diese haben regelmäßig für das Abfindungsverlangen eine Frist gemäß § 305 Abs. 5 AktG gesetzt und somit erkennen lassen, daß sie von dem Aktionär die Entscheidung verlangen, entweder auszuschcheiden oder aber in der Gesellschaft zu bleiben.¹ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Die Ausgleichszahlung ist die Gegenleistung für die fehlende oder gefährdete Dividende nach Abschluß des Unternehmensvertrages. Die Abfindung folgt aus dem Eingriff in die Vermögensposition. Beide Vermögensnachteile bestehen grundsätzlich nebeneinander und enden erst durch Ausscheiden des Aktionärs aus der abhängigen AG oder durch Beendigung des Unternehmensvertrages. Um dennoch dem herrschenden Unternehmen eine zeitliche Limitierung seiner Verpflichtung zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber eine Befristung der Abfindungsverpflichtung zugelassen (§ 305 Abs. 4 AktG). Diese Frist wird jedoch durch das eingeleitete Spruchverfahren auf mehrere Jahre hinausgeschoben, da die Frist frühestens zwei Monate nach Bekanntmachung der rechtskräftigen Entscheidung endet (§ 305 Abs. 4 S. 3 AktG).

Es wäre mit dem Schutzzweck von §§ 304, 305 AktG unvereinbar, den Aktionär durch Entgegennahme der Ausgleichszahlung während des Spruchstellenverfahrens auf diese Ausgleichszahlung festzulegen, bevor die Angemessenheit feststeht. Aus diesem Grunde ist

1) Lehmann-Tolkmitt, Verhältnis von Ausgleichsleistung und Abfindung, WM 1972, 990, 991.

die Entgegennahme der Ausgleichszahlung keine Entscheidung gegen die Abfindung. Wenn Ausgleich und Abfindung ein Äquivalent für zwei verschiedene Vermögenseingriffe sind, so kann auch die erhaltene Ausgleichszahlung nicht auf die später verlangte Abfindung angerechnet werden. Für den Ausgleichsergänzungsanspruch gilt Entsprechendes. Damit schließt ein Abfindungsergänzungsanspruch nicht einen Ausgleichsergänzungsanspruch aus und vice versa.

Verkauft ein außenstehender Aktionär seine Aktien nach Erhalt der Ausgleichszahlung, so fragt sich, ob der Erwerber den Ausgleichsergänzungsanspruch mit erworben hat oder ob dieser dem Veräußerer geblieben ist. Aus zwei Gesichtspunkten ergibt sich, daß der Veräußerer weiterhin Inhaber des Ausgleichsergänzungsanspruchs ist:

1. Nach abweichender Spruchstellenentscheidung steht fest, daß die Ausschüttungsbeträge in der Vergangenheit zu niedrig waren. Diese Unangemessenheit hat die Erträge des Veräußerers gemindert, so daß auch ihm der Ergänzungsbetrag zustehen sollte.
2. Der Ausgleich wird gegen Aushändigung der Dividendencoupons gezahlt. Die Ausgleichsergänzungszahlung erfolgt dementsprechend gegen Einreichungsnachweis dieser Coupons. Nur der Veräußerer kann die entsprechenden Unterlagen beibringen. Dies gilt insbesondere bei einem Verkauf über die Börse.

Aus diesem Grunde steht dem Veräußerer nach einer abändernden Spruchstellenentscheidung die Ausgleichsergänzungszahlung zu.

Ergebnis:

Bei abändernder Spruchstellenentscheidung haben die außenstehenden Aktionäre einen Ausgleichsergänzungsanspruch. Dieser Anspruch ist unabhängig von dem Abfindungsergänzungsanspruch und verlangt lediglich den Nachweis über den Erhalt einer vorherigen Ausgleichszahlung. Bei einem Verkauf der Aktien während des Verfahrens bleibt der Ergänzungsanspruch dem Veräußerer.

VIERTER TEIL: ABFINDUNGSVERTRÄGE

Vorbemerkung

Die bisherige Untersuchung ging von zwei alternativen Verhaltensweisen des außenstehenden Aktionärs aus:

1. Er reicht nach Wirksamwerden des Unternehmensvertrages seine Aktien bei der Zahlstelle ein und nimmt die Abfindung entgegen.
2. Er unternimmt nichts. Während der Laufzeit des von anderen eingeleiteten Spruchstellenverfahrens erhält er die Ausgleichszahlung.

Diese zwei Verhaltensweisen sind typisch für den Kleinaktionär. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß außenstehende Aktionäre nicht nur Kleinaktionäre sind, sondern unter Umständen gibt es neben den Kleinaktionären einige Aktionäre mit nicht unbedeutendem Aktienbesitz. Diese "außenstehenden Beteiligungsaktionäre" sind i.d.R. der abhängigen oder der herrschenden Gesellschaft bekannt und oft geschäftlich verbunden. Die Obergesellschaft und diese "Beteiligungsaktionäre" können ein Interesse daran haben, die Abfindung einvernehmlich durch Abschluß eines speziellen Vertrages zu regeln; auf eine Anrufung oder Mitwirkung an einem Spruchstellenverfahren soll ausdrücklich verzichtet werden. Die Zulässigkeit solcher Verträge und ihre Beeinflussung durch ein von anderen Aktionären eingeleitetes Spruchstellenverfahren soll nachfolgend untersucht werden.

A. Zulässigkeit

Der Zulässigkeit solcher Verträge könnten der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Formulierung des Gesetzes, "daß das Gericht die vertraglich zu gewährende Abfindung bestimmt" (§ 305 Abs. 5 AktG) entgegenstehen.

I. Gleichbehandlungsgrundsatz

Die außenstehenden Aktionäre befinden sich in einem sogenannten "Gemeinschaftsverhältnis"¹. Sie haben gegen die Obergesellschaft einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Abfindung. Der im Aktienrecht allgemein anerkannte Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, den außenstehenden Aktionären eine gleich hohe Abfindung pro Aktie zu zahlen, es sei denn, sachliche Gründe lassen eine Ungleichbehandlung zu. Ob die Verletzung dieses "Ordnungs- und Gerechtigkeitsprinzips"² die Nichtigkeit des Abfindungsvertrages gemäß § 134 BGB zur Folge hat oder Schadensersatzansprüche gegen die Obergesellschaft begründet,³ kann zunächst dahingestellt bleiben. Zu prüfen ist, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes überhaupt vorliegt.

1) Siehe hierzu G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 277.

2) G. Hueck, wie oben, S. 172, 278.

3) G. Hueck, wie oben, S. 280 f.

Es ist davon auszugehen, daß ein Abfindungsvertrag eine höhere als die den übrigen außenstehenden Aktionären angebotene Abfindung vorsieht. Dies wird in der Regel der Anreiz für den außenstehenden "Beteiligungsaktionär" zum Abschluß eines solchen Vertrages sein. Er erlangt somit einen Vorteil gegenüber den anderen außenstehenden Aktionären. Die Gewährung dieses Sondervorteils wäre dann zulässig, "wenn die ungleichmäßige Behandlung aus besonderen Gründen gerechtfertigt ist und deshalb nicht den Charakter der Willkür trägt".¹ Hierbei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Ein solcher Abfindungsvertrag wird neben dem Verzicht auf eine Beteiligung am Spruchstellenverfahren auch den Verzicht auf Geltendmachung eines Abfindungsergänzungsanspruchs beinhalten. Die Ersparnis dieser eventuellen Nachzahlung ist für die Obergesellschaft der Hauptbeweggrund zum Abschluß eines Abfindungsvertrages.

Weiterhin läßt sich dieser Sondervorteil aus der Kostenersparnis für die Obergesellschaft rechtfertigen. Wenn sie wenige Beteiligungsaktionäre abfindet, hat sie Einsparungen an Kosten und Provisionen. Die Publizierung des Abfindungsangebotes kann auf das Notwendigste beschränkt werden, und Provisionen für Zahl- und Umtauschstellen fallen auf diese Blockposten nicht an. Damit steht der Gleichbehandlungsgrundsatz der Zulässigkeit eines solchen Abfindungsvertrages nicht entgegen.

1) BGH Urteil v. 6.10.1960, BGHZ 33, 175, 186.

II. Gerichtliche "Bestimmung"

Fraglich ist ob noch nach Einleitung des Spruchstellenverfahrens eine solche Vereinbarung zwischen Obergesellschaft und außenstehendem "Beteiligungsaktionär" geschlossen werden kann, da gemäß § 305 Abs. 5 AktG das Gericht die angemessene Abfindung "bestimmt". Die Abfindungsregelung des Aktiengesetzes geht - wie auch schon oben in anderem Zusammenhang dargelegt wurde - auf die entsprechenden Bestimmungen des Umwandlungsrechtes zurück.

§ 35 UmwG 56 a.F. hatte den Wortlaut:

"Die Entscheidung der Spruchstelle wirkt, wenn sie nichts anderes bestimmt, für und gegen alle ausscheidenden Aktionäre (Gesellschafter, Gewerken). Rechtskräftige Urteile sowie Vergleiche und andere Vereinbarungen bleiben unberührt."

Dieser letzte Satz fehlt sowohl im geltenden Umwandlungsgesetz (§ 35 UmwG) als auch in § 99 Abs. 5 AktG, der auf das Umwandlungsrecht zurückgeht. Werner¹ will aus dieser Tatsache eine Änderung der materiellen Rechtslage herleiten. Sollte eine materielle Änderung erfolgt sein, so könnte man zu der Auffassung gelangen, daß nur die Spruchstelle über die Angemessenheit der Abfindung entscheidet.

Demgegenüber vertritt die überwiegende Meinung in der Literatur die Ansicht, daß durch § 35 Abs. 1

1) Werner, Probleme des neuen Konzernrechts, Neue Betriebswirtschaft 4/67, S. 15.

S. 2 UmwG 56 a.F. nur eine Selbstverständlichkeit ausgedrückt worden sei.¹

Im RefE z. AktG und in der Begründung zum RegE z. AktG 65 findet sich kein Hinweis darüber, daß mit der Streichung des § 35 Abs. 1, S. 2 UmwG 56 und der entsprechenden Formulierung in § 99 Abs. 5 AktG eine Änderung der Rechtslage gegenüber dem früheren Rechtszustand eintreten sollte. Da dies eine Entscheidung von weitreichender Bedeutung sein würde, läßt sich das Schweigen der am Gesetzesverfahren beteiligten Organe nur so erklären, daß sie § 35 Abs. 1, S. 2 UmwG 56 für überflüssig hielten. Im Spruchverfahren des § 306 AktG gilt die Dispositionsmaxime. Das bedeutet, daß die Antragsteller das Verfahren durch Antragsrücknahme beenden und damit über ihren Anspruch verfügen können.

Ferner ist der Abfindungsanspruch ein verzichtbares subjektives Recht des Aktionärs, so daß ihm vom Gericht nicht mehr aufgezwungen werden kann als er will. Das Spruchstellenverfahren dient dem Schutz des Minderheitsaktionärs, weil unterstellt wird, daß er aus zahlreichen Gründen nicht in der Lage ist, seine Vermögensinteressen selbst wirksam wahrzunehmen. Wenn diese Unterstellung durch eigene Vertragsverhandlungen mit der Obergesellschaft widerlegt wird, so muß dies das Gesetz akzeptieren.

Dieses Ergebnis, daß ein Abfindungsvertrag unabhängig von den Bestimmungen des Beherrschungsvertrages

1) Kropff, Festsetzung höherer Ausgleichszahlungen, Das Wertpapier, 1969, 6, Fußn. 9; Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, S. 89; Veith, Wirkung der gerichtlichen Entscheidung, DB 1969, 1738; Meyer-Landrut-Miller, Außenstehender Aktionär, DB 1969, 1392.

auch nach Einleitung des Spruchstellenverfahrens zulässig ist, wird nicht aus den Materialien zu § 306 AktG widerlegt. Wenn auch die Bundesregierung ausführt, "daß die Abfindungshöhe nur durch eine gerichtliche Entscheidung zu erfolgen habe und nicht durch eine vom Gericht vermittelte Einigung"¹, so bedeutet dies lediglich, daß ein gerichtlicher Vergleich ausgeschlossen ist, nicht jedoch eine außerhalb des Verfahrens getroffene Einigung.²

Festzuhalten ist hier somit, daß ein vom Beherrschungsvertrag unabhängiger Abfindungsvertrag zwischen Obergesellschaft und außenstehendem Aktionär auch nach Einleitung des Spruchstellenverfahrens zulässig ist.

B. Inhalt und Rechtsnatur

Der Inhalt dieses Abfindungsvertrages lautet auf Zahlung der Abfindungssumme Zug um Zug gegen Überweisung der Aktien. Der Abfindungsvertrag erhält seinen eigentlichen Sinn jedoch erst mit dem Verzicht auf einen eventuellen Nachzahlungsanspruch nach einer abweichenden Spruchstellenentscheidung. Der außenstehende "Beteiligungsaktionär" soll zwar

1) Vergl. Auffassung der Bundesregierung zu § 306 AktG, abgedruckt bei Kropff, AktG, S. 401.

2) Siehe hierzu E. Geßler, Komm. z. AktG, § 306 Anm. 39; Würdinger, Großkomm. z. AktG, § 305 Anm. 17. Der Grund für die Unzulässigkeit eines gerichtlich vermittelten Vergleiches liegt in der Rechtskraftwirkung. Dieser wirkt nur inter partes, wohingegen der Entscheidung der Spruchstelle Rechtskraft mit inter omnes Wirkung zukommen soll.

einen "Paketzuschlag" erhalten, jedoch auch auf eventuelle Vorteile verzichten, die anderen außenstehenden Aktionären durch die Spruchentscheidung zuteil werden. Von seiner Rechtsnatur her enthält dieser Abfindungsvertrag Elemente des Kauf-, Vergleichs- und Verzichtsvertrages. Das Element des Kaufvertrages besteht in der Veräußerung der Aktien gegen Erhalt der Gegenleistung, das Element des Vergleichs besteht in der Anerkennung der Unsicherheit des wahren Aktienwertes, die durch die Gegenleistung abgegolten und beseitigt werden soll, und das Element des Verzichts besteht im Verzicht auf einen eventuellen Nachzahlungsanspruch bei abweichender Spruchstellenentscheidung. Da keines der drei Elemente überwiegt, soll hier verzichtet werden, ihn in die Vertragstypologie des Zivilrechts einzuordnen. Zweckmäßigerweise bezeichnet man ihn als einen Abfindungsvertrag.

C. Rechtskraftwirkung

Die Entscheidung der Spruchstelle wirkt "für und gegen alle" (§§ 306 Abs. 2, 99 Abs. 5 AktG). Der Beschluß ist materiell rechtskräftig "inter omnes", d.h., niemand kann mehr gerichtlich geltend machen, eine von der rechtskräftigen gerichtlichen Bestimmung abweichende Abfindung sei angemessen.

Im Verfahren gemäß § 306 AktG wird als Folge der richterlichen Kompetenz in den Beherrschungsvertrag und in die von ihm abhängigen Abfindungsverträge

eingegriffen, da das Gericht die "vertraglich geschuldete Abfindung bestimmt".

Unberührt sowohl von der materiellen Rechtskraft als auch von der Gestaltungswirkung der Spruchstellenentscheidung bleiben Abfindungsverträge, die sich bewußt und ausdrücklich vom Beherrschungsvertrag absetzen und eine Vereinbarung ausdrücklich unabhängig von dem Ausgang des Spruchstellenverfahrens treffen. Dies ist die Folge aus der Dispositionsmaxime des Verfahrens und der Natur des Abfindungsanspruchs als einem verzichtbaren subjektiven Recht. Sinn des Spruchverfahrens ist lediglich, diejenigen zu schützen, die ihre Vermögensinteressen nicht selbst effektiv wahrnehmen können, nicht jedoch, jemandem ein Recht aufzudrängen, auf das er bereits ausdrücklich verzichtet hat.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- 1) Das Spruchstellenverfahren im Aktiengesetz dient dem Schutz außenstehender Aktionäre zur Überprüfung und Festsetzung einer angemessenen Abfindung und einer angemessenen Ausgleichszahlung. Das Verfahren geht auf das Umwandlungsgesetz von 1934 zurück, hat jedoch wichtige Änderungen erfahren. Diese zeigen sich insbesondere bei der Entscheidungswirkung.
- 2) Zur Einleitung des Spruchstellenverfahrens ist nur der "außenstehende Aktionär" befugt. Eine gesetzliche Definition fehlt. Der "außenstehende Aktionär" wird gekennzeichnet durch seine Stellung zur Unternehmensbindung. Bei einer gleichzeitigen Beteiligung an beiden Unternehmen des Vertragskonzerns schließt erst eine über 50% hinausgehende Beteiligung an der Obergesellschaft die Eigenschaft "außenstehender Aktionär" aus. Die Aktivlegitimation setzt das Eigentum an wenigstens einer Aktie seit dem Tage der beschlußfassenden Hauptversammlung voraus. Die Antragsberechtigung ist unabhängig von der Art der Stimmabgabe in der Hauptversammlung.
- 3) Im Spruchstellenverfahren gilt die Untersuchungs- und die Dispositionsmaxime. Durch die Untersuchungsmaxime wird die Wertermittlung für die Angemessenheitsbestimmung dem Richter anvertraut. Der antragstellende Aktionär hat zwar eine Förderungspflicht, jedoch keine Darlegungspflicht. Die Dispositionsmaxime ermöglicht eine Beendigung des Verfahrens durch Antragsrücknahme. Der Abschluß

eines außergerichtlichen Vergleichs ist zulässig, nicht jedoch der Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs, da der Richter die Angemessenheit zu "bestimmen" hat.

- 4) Die nicht antragstellenden außenstehenden Aktionäre nehmen am Spruchstellenverfahren durch den "gemeinsamen Vertreter" teil. Er wahrt ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Antragsrücknahme beendet das Spruchstellenverfahren, ohne daß der gemeinsame Vertreter zustimmen muß.
- 5) Bereits abgefundene Aktionäre haben nach einer Höherfestsetzung der Abfindung einen Abfindungsergänzungsanspruch gegen die Obergesellschaft. Dieser Anspruch folgt aus der Entscheidungswirkung und der Zielsetzung des Verfahrens. Die Spruchstellenentscheidung greift rückwirkend in den Unternehmensvertrag ein und ersetzt die angebotene Abfindung durch die richterliche Wertfeststellung. Durch die Rückwirkung der Entscheidung auf den Tag der beschlußfassenden Hauptversammlung werden alle außenstehenden Aktionäre von der Höherfestsetzung betroffen, auch die nachfolgend ein Abfindungsverlangen gestellt haben. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör wird durch den gemeinsamen Vertreter gewahrt. Ziel des Verfahrens ist es, allen außenstehenden Aktionären eine gleichhohe angemessene Abfindung zu gewährleisten. Die Wertfeststellung des Richters erfolgt durch rückwirkende Gestaltungsentscheidung

- 6) Der Abfindungsvorgang schließt einen Abfindungs-
ergänzungsanspruch i.d.R. nicht aus. Durch kom-
mentarlose Einreichung der Aktien wird weder ein
Erlaßvertrag, noch ein Vergleich, noch ein Kauf-
vertrag, sondern durch Optionsausübung ein Vertrag
sui generis geschlossen.
- 7) Das Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens
wird durch den Nachzahlungsanspruch eingeschränkt.
Dies ist jedoch hinzunehmen, da es nicht Aufgabe
der Minderheitsschutzregeln des Konzernrechts
ist, der Obergesellschaft den Erwerb von Aktien
zu unangemessenem Preis zu ermöglichen. Der Ober-
gesellschaft entsteht kein Schaden, wenn sie von
vorneherein eine angemessene Abfindung bietet.
Auf diese Weise wird die Spruchstelle entweder
den Festsetzungsantrag abweisen oder die Abfin-
dung nur so geringfügig ändern, daß keine erheb-
lichen Nachzahlungen zu leisten sind.
- 8) Die abändernde Spruchstellenentscheidung kann
auch rückwirkend die Ausgleichszahlung erhöhen
und somit zu einem Ausgleichsergänzungsanspruch
führen. Abfindungs- und Ausgleichsergänzungsan-
spruch können nebeneinander geltend gemacht wer-
den. Die Entgegennahme der Ausgleichszahlung
schließt eine spätere Entscheidung für die Ab-
findung nicht aus.
- 9) Unberührt von dem Spruchstellenverfahren bleiben
Abfindungsverträge, die unabhängig vom Unterneh-
mensvertrag zwischen einzelnen Aktionären und
der Obergesellschaft geschlossen werden. Der Zu-
lässigkeit solcher Verträge steht nicht der
Gleichbehandlungsgrundsatz und das Spruchstellen-
verfahren entgegen. Für sie gibt es dann ein wirt-

schaftliches Bedürfnis, wenn neben antragstellenden Kleinaktionären wirtschaftlich potente "außenstehende Beteiligungsaktionäre" an der abhängigen AG beteiligt sind. Da in diesen Verträgen ausdrücklich ein Verzicht auf einen Nachzahlungsanspruch mitaufgenommen wurde, erstreckt sich die materielle Rechtskraft des Spruchstellenverfahrens nicht auf solche Abfindungsverträge.

Anlage 1

BEHERRSCHUNGSVERTRAG

zwischen

Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG,
Ludwigshafen am Rhein ("BASF")
vertreten durch den Vorstand

und

Wintershall Aktiengesellschaft,
Celle ("Wintershall")
vertreten durch den Vorstand

§ 1

Wintershall unterstellt hiermit die Leitung ihrer Gesellschaft der BASF als herrschendem Unternehmen.

§ 2

BASF ist berechtigt, dem Vorstand von Wintershall hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Das Weisungsrecht besteht nur gegenüber dem Vorstand von Wintershall und umfaßt alle Maßnahmen, die nach § 76 Abs. 1 Aktiengesetz zum Tätigkeitsbereich des Vorstands gehören.

§ 3

Der Vorstand von Wintershall wird - soweit gesetzlich zulässig - verpflichtet, die ihm von BASF erteilten Weisungen

zu befolgen. Ihm obliegt jedoch weiterhin die Geschäftsführung und die Vertretung von Wintershall. Er behält seine volle Entscheidungsbefugnis, soweit diese nicht durch Weisungen der BASF eingeschränkt ist.

§ 4

BASF verpflichtet sich, während der Dauer dieses Vertrages jeden bei Wintershall entstehenden Jahresfehlbetrag (Handelsbilanzverlust) auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den freien Rücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

§ 5

(1) Als angemessenen Ausgleich gemäß § 304 Aktiengesetz garantiert BASF den außenstehenden Wintershall-Aktionären für jedes Geschäftsjahr und für jede Wintershall-Aktie als Gewinnanteil die Zahlung von neun Zehntel des Betrages, der für das gleiche Geschäftsjahr auf eine BASF-Aktie gleichen Nennbetrages ausgeschüttet wird. Im Falle der Ausgabe neuer Aktien aus einer Kapitalerhöhung der BASF aus Gesellschaftsmitteln ändert sich von diesem Zeitpunkt an die Garantie der BASF dahingehend, daß auf eine Wintershall-Aktie neun Zehntel der Summe der Beträge entfallen, die

- a) auf eine Altaktie der BASF gleichen Nennbetrages und
 - b) auf jede für diese Altaktie ausgegebene neue Aktie
- ausgeschüttet werden.

Durch diese Garantie wird ein unmittelbarer Anspruch jedes außenstehenden Wintershall-Aktionärs gegen BASF begründet.

- (2) Unter "außenstehenden Wintershall-Aktionären" sind alle Wintershall-Aktionäre mit Ausnahme der BASF zu verstehen.

§ 6

- (1) Neben der in § 5 vorgesehenen Ausgleichszahlung verpflichtet sich BASF gemäß § 305 Aktiengesetz, auf Verlangen eines außenstehenden Wintershall-Aktionärs dessen Wintershall-Aktien gegen Gewährung von BASF-Aktien im Verhältnis von 10 Wintershall-Aktien für 9 BASF-Aktien zu erwerben, wobei Spitzenbeträge durch bare Zuzahlungen ausgeglichen werden. Dies bedeutet, daß z.B. für Wintershall-Aktien im Nennbetrag von DM 500,-- BASF-Aktien im Nennbetrag von DM 450,-- gewährt werden.
- (2) Die für den Umtausch gemäß Ziff. (1) benötigten BASF-Aktien werden dem von der Hauptversammlung der BASF zu beschließenden bedingten Kapital entnommen. Sie nehmen vom Beginn des Geschäftsjahres, in dem der Umtausch erfolgt ist, am Gewinn teil. Die auf die getauschte Wintershall-Aktie für das Vorjahr entfallende Dividende steht dem tauschenden Wintershall-Aktionär zu. Dementsprechend sind die zu tauschenden Wintershall-Aktien jeweils mit sämtlichen Gewinnanteilscheinen, jedoch mit Ausnahme desjenigen Anteilscheines einzureichen, auf den nach Bekanntgabe von Wintershall in den Gesellschaftsblättern die Wintershall-Dividende für das dem Jahr des Umtausches vorausgehende Geschäftsjahr gezahlt wird.
- (3) Die Verpflichtung der BASF zur Abfindung des außenstehenden Wintershall-Aktionärs gemäß Ziff. (1) wird befristet. Die Frist beträgt 3 Monate. Sie beginnt mit der Eintragung des Bestehens dieses Vertrages in das

Handelsregister des Amtsgerichts Celle, jedoch nicht vor Eintragung des Beschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung gemäß Ziff. (2) in das Handelsregister des Amtsgerichts Ludwigshafen. Sie endet frühestens 3 Monate nach dem Tag, an dem die Eintragung des Bestehens dieses Vertrages im Handelsregister des Amtsgerichts Celle nach § 10 des Handelsgesetzbuches als bekanntgemacht gilt. § 305 Abs. 4 Satz 3 Aktiengesetz bleibt unberührt.

- (4) Der Umtausch gemäß Ziff. (1) erfolgt für die Wintershall-Aktionäre kostenlos.

§ 7

Soweit nichts anderes bestimmt, gelten die Bestimmungen der §§ 291 bis 310 Aktiengesetz, insofern sie auf diesen Vertrag anwendbar sind.

§ 8

Dieser Vertrag bedarf der Zustimmung der Hauptversammlungen von Wintershall und BASF. Er tritt mit Wirkung vom 1. Januar des Jahres in Kraft, in dem sein Bestehen in das Handelsregister des Amtsgerichts Celle eingetragen worden ist, frühestens mit Wirkung vom 1. Januar 1969. Er wird bis zum 31. Dezember 1998 fest abgeschlossen.

Frankfurt/Main, den 6. November 1968

Wintershall Aktiengesellschaft Badische Anilin- & Soda-
Fabrik AG

Lebenslauf

Der Verfasser wurde am 30.8.1944 auf Gut Buscherhof bei Neuss als Sohn des Landwirtes Hermann Josef Thywissen und seiner Ehefrau Hildegard geboren. Seit 1972 ist er mit Marlene Thywissen geb. Piskorik verheiratet.

Nach dem Abitur des staatlichen Quirinus Gymnasiums in Neuss am 15.2.1965 studierte er vier Semester Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg i.Br., und nach weiteren vier Semestern an der Westf. Wilhelms-Universität zu Münster legte er im Juli 1965 vor dem OLG Hamm die 1. Juristische Staatsprüfung ab. Die Referendarausbildung in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg wurde ergänzt durch ein Studium an der Verwaltungshochschule in Speyer im SS 1970. Der 2. juristischen Staatsprüfung am 6. Juli 1972 in Stuttgart folgte ein Studium an der Cornell University in Ithaca, New York mit einem Stipendium des Deutschen Akademischen Austauschdienstes. Dieser Studienaufenthalt wurde abgeschlossen mit dem Master of Laws am 29.8.1973. Thema der Thesis war: "Proxy Voting, a Method for Shareholder Democracy - A Comparison between the United States of America and the Federal Republic of Germany".

Publikationen des Verfassers sind 1971 in "Der Betriebs-Berater 1971, 1347 ff.", 1972 in "Der Bankkaufmann 1972, Heft 4" und 1977 in "Wertpapier-Mitteilungen 1977, 938 ff." erschienen.

Der Verfasser besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit.

